



Organización
Internacional
del Trabajo
Ginebra



El VIH y el sida y los derechos laborales: Un manual para jueces y profesionales del derecho



**El VIH y el sida
y los derechos laborales:
Un manual para jueces
y profesionales del derecho**

**El VIH y el sida
y los derechos laborales:
Un manual para jueces
y profesionales del derecho**

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2015
Primera edición 2013
Segunda edición 2015

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

El VIH y el sida y los derechos laborales: Un manual para jueces y profesionales del derecho
Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015

ISBN 978-92-2-329587-5 (impresión)

ISBN 978-92-2-329588-2 (pdf web)

ISBN 978-92-2-329589-9 (CD-ROM)

VIH/SIDA / trabajadores con discapacidad / derechos de las personas con discapacidades / derechos de los trabajadores / igualdad de géneros / formación sobre seguridad / Convenio de la OIT / Recomendación de la OIT / mecanismo de control / comentario / guía

15.04.2

Publicado también en francés: *Le VIH et le sida et les droits du travail: manuel pour juges et juristes* (ISBN 978-92-2-229587-6 (impresión); ISBN 978-92-2-229588-3 (pdf web); ISBN 978-92-2-229589-0 (CD-ROM)), Ginebra, 2015, en inglés: *HIV and AIDS and labour rights: A handbook for judges and legal professionals* (ISBN 978-92-2-129587-7 (impresión); ISBN 978-92-2-129588-4 (pdf web); ISBN 978-92-2-129589-1 (CD-ROM)), Ginebra, 2015, y en portugués: *VIH e Sida e direito do trabalho: um manual para juizes e profissionais da área jurídica* (ISBN 978-92-2-829587-0 (impresión); ISBN 978-92-2-829588-7 (pdf web); ISBN 978-92-2-829589-4 (CD-ROM)), Ginebra, 2015

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos digitales de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías y redes de distribución digital, o solicitándolos a ilo@turpin-distribution.com. Para más información, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns, o escribanos a ilopubs@ilo.org.

Esta publicación ha sido realizada por el Servicio de Producción, Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT.

Creación gráfica, concepción tipográfica, compaginación, preparación de manuscritos, lectura y corrección de pruebas, impresión, edición electrónica y distribución.

PRODOC vela por la utilización de papel proveniente de bosques gestionados de manera durable y responsable desde el punto de vista medioambiental y social.

Código: CMD-CAD-CORR-NOU

Índice

Prefacio	ix
Agradecimientos	xi
Referencias útiles	xiii
Introducción	1
Módulo 1: El VIH y el sida y sus modos de transmisión	7
La naturaleza cambiante de la epidemia	7
Definiciones	8
Mitos y errores comunes	9
Los modos de transmisión del VIH	9
La importancia de que las personas conozcan su estado serológico respecto del VIH	10
El tratamiento como prevención	11
Puntos de discusión	11
Módulo 2: Uso del derecho internacional y las normas internacionales del trabajo	13
Enfoques nacionales del derecho internacional	13
Directrices internacionales y otros instrumentos internacionales	20
Puntos de discusión	21
Módulo 3: Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes al VIH y el sida	23
Instrumentos de las Naciones Unidas	24
Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	28
Directrices internacionales	29
Instrumentos regionales pertinentes al VIH y el sida	29
Directrices subregionales	32
Puntos de discusión	33

Módulo 4:	Resumen de la estructura de la OIT, las normas internacionales del trabajo y los mecanismos de supervisión	35
	La OIT: su función y estructura	35
	¿Cuáles formas asumen las normas internacionales del trabajo?	36
	Las obligaciones de los Estados Miembros en relación con las normas internacionales del trabajo	36
	Convenios fundamentales de la OIT	37
	Convenios de gobernanza	37
	Convenios técnicos	38
	Las normas internacionales del trabajo pertinentes al VIH y el sida	38
	Otros instrumentos de la OIT	38
	El sistema de control de la OIT	41
	Las referencias al VIH y el sida por parte de los órganos de control de la OIT	43
	Puntos de discusión	44
Módulo 5:	Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)	45
	La Recomendación núm. 200 y su contribución a la respuesta al VIH	46
	Alcance de la Recomendación núm. 200	47
	Políticas y programas nacionales para los lugares de trabajo	48
	Principios clave	48
	Implementación	56
	Educación, capacitación, información y asesoramiento	56
	Servicios públicos	57
	Cooperación internacional	57
	Seguimiento	57
	Puntos de discusión	57
Módulo 6:	La discriminación relacionada con el VIH	59
	Formas de discriminación relacionada con el VIH	63
	La discriminación basada en el estado serológico real o supuesto con respecto al VIH	64
	Enfoques de los tribunales sobre la discriminación relacionada con el VIH en el empleo y la ocupación	68

	Denegación de acceso a una ocupación específica.....	70
	Puntos de discusión	79
Módulo 7:	Pruebas, privacidad y confidencialidad	81
	Privacidad y confidencialidad	82
	Las obligaciones de los empleadores en relación con la confidencialidad de los datos personales	83
	Las pruebas obligatorias de detección del VIH	84
	Pruebas del VIH voluntarias y confidenciales	89
	Puntos de discusión	91
Módulo 8:	La igualdad de género y la epidemia del VIH	93
	La distinción entre sexo y género	94
	Las dimensiones de género relacionadas con el VIH y el sida	95
	La acción de la OIT: promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres	100
	El papel de los tribunales	101
	La eliminación de la discriminación sexual en el empleo y la ocupación	106
	Acoso sexual	109
	La aplicación judicial de otros instrumentos internacionales pertinentes	110
	Puntos de discusión	110
Módulo 9:	Grupos clave	111
	Grupos clave vulnerables y en situación de riesgo	112
	Otros grupos clave	121
	Puntos de discusión	126
Módulo 10:	El papel de los jueces y los profesionales del derecho ...	127
	La conducta en los tribunales	129
	La implementación de los derechos humanos en el trabajo para los trabajadores afectados por el VIH y sus familias	129
	Desafíos para una aplicación eficaz	130
	Participación en el desarrollo de las políticas nacionales sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo	132
	Catalizadores del cambio	133
	Influir en sus comunidades locales	133

Educadores de pares	133
Puntos de discusión	134
Módulo 11: El acceso a la justicia: mecanismos, procedimientos y recursos	135
La carga de la prueba	138
Protección contra la victimización	143
Medidas especiales para proteger los derechos de privacidad	144
Recursos y sanciones eficaces	145
Puntos de discusión	146
Módulo 12: Muestra de un programa de capacitación y de actividades de aprendizaje	147
Instrucciones generales para los instructores y facilitadores	147
Programa sugerido para un taller de tres días	148
Materiales incluidos en el CD-ROM adjunto	
Apéndice 1: Ejercicios y actividades de capacitación (Directrices para los formadores y hojas de trabajo)	
Apéndice 2: Índice y copias de los instrumentos internacionales pertinentes al VIH y el sida	
Apéndice 3: Índice y copias de las sentencias mencionadas en el manual	
Apéndice 4: Bibliografía y copias de publicaciones seleccionadas	

Prefacio

El propósito de este manual es ayudar a los jueces y profesionales del derecho en el manejo de cuestiones relacionadas con el VIH y el sida, con un énfasis en el empleo y la ocupación. Proporciona información acerca de las leyes nacionales e internacionales pertinentes y su aplicación en los tribunales nacionales de diversas tradiciones y marcos jurídicos.

En los más de treinta años que han pasado desde que se identificó el primer caso de sida, el mundo ha presenciado avances notables en la respuesta a la epidemia global. En muchos países ha disminuido la tasa de nuevas infecciones y se han desarrollado tratamientos eficaces que permiten a quienes viven con el VIH llevar vidas más saludables y productivas. A pesar de estos logros, todavía existen desafíos sociales, económicos y jurídicos importantes.

El estigma y la discriminación relacionados con el VIH persisten en muchos lugares de trabajo y son frecuentes las violaciones de derechos fundamentales. Además, es posible que grupos clave ya desfavorecidos o marginados estén experimentando mayores niveles de estigma y discriminación.

En muchos países la epidemia de VIH se concentra entre miembros de grupos clave específicos, a los cuales, precisamente por estar estigmatizados, es más difícil llegar. Las personas que viven en la periferia de la sociedad debido a la estigmatización, o por temor a sufrir discriminación a causa de un diagnóstico positivo de VIH, tienen menos posibilidades de acceso a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo relacionados con el VIH, incluidas las pruebas voluntarias de detección del VIH y el correspondiente tratamiento.

Por lo tanto, los esfuerzos por prevenir el VIH y mitigar los impactos de la epidemia deben garantizar también el respeto de los derechos humanos fundamentales de las personas que viven con el VIH o están afectadas por la epidemia. Las respuestas eficaces al VIH en el mundo del trabajo requieren el desarrollo y la implementación de marcos jurídicos y de políticas que protejan la dignidad, la estabilidad laboral y los medios de vida de todos los trabajadores, hombres y mujeres. Las normas internacionales del trabajo, en particular la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), de la OIT, proporcionan una base sólida para el desarrollo y la implementación de este tipo de marcos.

A fin de asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, los jueces y los profesionales del derecho desempeñan un papel importante. Su liderazgo y promoción de la defensa de los derechos laborales en el contexto de la

epidemia contribuye a la respuesta mundial al VIH y respalda el objetivo de la OIT de lograr «Cero nuevas infecciones por el VIH, cero discriminación y cero muertes relacionadas con el sida» en el mundo del trabajo. Esperamos que este manual y los materiales de capacitación que lo acompañan serán de ayuda a los jueces, las instituciones de formación judicial y los profesionales del derecho en su tarea de garantizar un acceso eficaz y transparente a la justicia social y el respeto de los derechos laborales fundamentales de todas las personas que viven con el VIH o están afectadas por la epidemia.

Alice Ouedraogo,
Directora
del Servicio de VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo (ILOAIDS)
Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad (WORKQUALITY)

Agradecimientos

Este manual ha sido elaborado por Anna Torriente e Ingrid Sipi-Johnson, del Servicio de VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo (ILOAIDS), junto con el consultor experto Lee Swebston. Lee-Nah Hsu (ILOAIDS) también brindó apoyo en cuestiones técnicas.

Las versiones preliminares del manual recibieron valiosas contribuciones de parte de Xavier Beaudonnet, Alessandro Chiarabini, Natan Elkin, María Marta Travieso, del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (NORMES); Adrienne Cruz, del Servicio de Género, Igualdad y Diversidad (GED); Tzehainesh Teklè, del Centro Internacional de Formación de Turín; Alexander Tadion (ILOAIDS), y Marta Serafim, antigua pasante de ILOAIDS.

Referencias útiles

Judging the epidemic – A judicial handbook on HIV, human rights and the law, ONUSIDA, 2013

Del 10 al 12 de diciembre de 2012 el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (IAWJ) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) organizaron una consulta con eminentes jueces y juristas africanos sobre el VIH, la ley y los derechos humanos en Johannesburgo (Sudáfrica). La consulta dio lugar a la adopción de una declaración titulada «Statement of Principles on HIV, the Law and the Judiciary in Africa» (Declaración de principios sobre el VIH, la ley y la judicatura en África) y pidió apoyo a la educación judicial sobre el VIH y la ley mediante la elaboración de un manual exhaustivo dirigido a los poderes judiciales sobre el VIH, la ley y los derechos humanos.

Judging the epidemic – A judicial handbook on HIV, human rights and the law (Juzgar la epidemia: Manual judicial sobre el VIH, los derechos humanos y la ley) articula mejores prácticas y aspectos críticos legales y de derechos humanos, ayuda a los miembros del poder judicial a tomar decisiones en favor de los derechos humanos y preconiza el acceso universal a los servicios relacionados con el VIH.

Judging the epidemic ha sido concebido principalmente como recurso y referencia para los jueces, magistrados, árbitros y otros funcionarios judiciales para ayudarlos a decidir sobre casos relacionados con el VIH. También puede ser de interés para los defensores, abogados y otros profesionales en leyes y organizaciones de la sociedad civil (incluidas las personas que viven con el VIH) que deseen comprender específicamente las cuestiones jurídicas relacionadas con el VIH y la posible función de los tribunales en la promoción de los derechos humanos en el contexto del VIH.

Judging the epidemic se compone de dos partes principales. La parte 1 («The science and medicine of HIV», La ciencia y la medicina del VIH) proporciona información exhaustiva sobre la transmisión y el tratamiento del VIH, esencial para comprender la epidemia de VIH y las cuestiones jurídicas que plantea. La parte 2 («Legal decisions that promote human rights in the context of HIV», Decisiones legales que promueven los derechos humanos en el contexto del VIH) contiene siete capítulos, cada uno sobre una cuestión jurídica particular relacionada con el VIH, como la discriminación relacionada con el VIH, los derechos de familia y de propiedad de las mujeres, el consumo de drogas, las relaciones entre personas del mismo sexo, el trabajo sexual y la penalización de la no revelación del estado serológico respecto del VIH, la exposición al VIH y su transmisión. Cada capítulo presenta una visión general de las leyes internacionales, regionales y nacionales y de las normas de derechos humanos aplicables, sugiere consideraciones clave atinentes a la resolución de las causas relacionadas con el VIH y resume los casos judiciales pertinentes de distintas jurisdicciones.

La Comisión Global sobre VIH y Derecho

La ley es un elemento esencial en las respuestas al VIH y la salud que contribuye a reducir la brecha entre la vulnerabilidad y la resiliencia. La Declaración política sobre el VIH y el sida de 2011 contiene el compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de reducir a la mitad, para 2015, el número de países con leyes y prácticas punitivas en relación con la transmisión del VIH, el trabajo sexual, el consumo de drogas o la homosexualidad. En apoyo de este objetivo, el PNUD convocó a la Comisión Global sobre VIH y Derecho para que examinara el impacto de la legislación en las respuestas al VIH. La Comisión estuvo compuesta por 14 comisionados y un grupo técnico asesor integrado por 23 expertos, que revisó y analizó las 680 observaciones presentadas por escrito por 130 países acerca del impacto de las leyes en las respuestas al VIH. La Comisión también organizó siete diálogos regionales con cerca de 700 participantes provenientes de una amplia gama de grupos representados. Algunos de los temas clave analizados por la Comisión Global sobre VIH y Derecho son:

- la penalización de la transmisión, la exposición y la no divulgación del estado serológico respecto del VIH;
- el impacto de la discriminación en las personas que viven con el VIH;
- la penalización de comportamientos y prácticas tales como el consumo de drogas, el trabajo sexual, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, y asuntos relacionados con los presos y los migrantes;
- el impacto de las leyes y las prácticas discriminatorias contra mujeres y niñas, así como contra los niños y los jóvenes en el contexto del VIH; y
- la propiedad intelectual en el contexto del acceso al tratamiento.

El informe de la Comisión, titulado *El VIH y la ley: riesgos, derechos y salud*, publicado en julio de 2012, analiza el papel fundamental que desempeñan las leyes y los entornos jurídicos basados en los derechos humanos en el bienestar de las personas que viven con el VIH o son vulnerables al VIH. En función de las pruebas recogidas, el informe concluye que las leyes punitivas y las prácticas discriminatorias producen y castigan la vulnerabilidad, dificultan el acceso a la prevención y el tratamiento y contribuyen a aumentar el estigma. Por el contrario, las leyes centradas en los derechos humanos pueden mejorar los programas de prevención y tratamiento del VIH, ampliar el apoyo social a las personas afectadas por la epidemia, proteger sus derechos y aumentar la rentabilidad de las inversiones.

Se puede obtener más información sobre el informe y su seguimiento en la dirección www.hivlawcommission.org.

Introducción

País: Sudáfrica

Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Jacques Charl Hoffmann v. South African Airways*, caso CCT 17/00, sentencia de 28 de septiembre de 2000, Juez J. Ngcobe (párrafo 28)

«[Las personas que viven con el VIH] han estado sujetas a una situación sistemática de desventaja y discriminación. [...] Se les ha negado el empleo a causa de su estado VIH positivo, independientemente de su capacidad para desempeñar las funciones del puesto del que se les ha excluido. Esta respuesta que les ha dado la sociedad ha obligado a muchas de ellas a no revelar su estado serológico respecto del VIH por miedo a los prejuicios. Esto, a su vez, las ha privado de la ayuda que de otro modo habrían recibido [...] A pesar de la disponibilidad de evidencia médica convincente en cuanto a los modos de transmisión de esta enfermedad, los prejuicios y estereotipos contra las personas VIH positivas persisten [...] El impacto de la discriminación sobre las personas VIH positivas es devastador. Y lo es aún más cuando sucede en el contexto del empleo. Se les niega el derecho a ganarse la vida [...]»

Treinta años después de que se detectó el primer caso de VIH, el estigma y la discriminación en relación con el VIH siguen estando muy extendidos, y las personas que viven con VIH (PVVIH) son sometidas al estigma y la discriminación en todos los aspectos de su vida cotidiana, en particular con respecto al acceso a los servicios de salud, la vivienda, la educación y el empleo¹. La protección de los derechos humanos fundamentales de las personas infectadas y afectadas por el VIH o el sida –incluidos los derechos laborales– es esencial para garantizar que las respuestas a esta epidemia global sean eficaces.

Desde hace tiempo el lugar de trabajo ha sido reconocido como un punto de entrada clave para la implementación exitosa de respuestas al VIH y el sida y para hacer frente al estigma y las actitudes discriminatorias. La mayoría de las personas que viven con VIH o se ven afectadas por el VIH o el sida están relacionadas con el mundo del trabajo, ya sea directa o indirectamente, y el lugar de trabajo puede

¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, Informe del Secretario General, Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de diciembre de 2010), A/HRC/16/69.

actuar como un medio eficaz para llegar a este segmento importante de la población, así como a la comunidad en general, para facilitarles el acceso a información y servicios relacionados con el VIH. Además, el predominio de la discriminación relacionada con el VIH en el empleo y la ocupación requiere acciones transversales en el lugar de trabajo.

La OIT está en condiciones de llegar a los hombres y mujeres en su lugar de trabajo, así como a las familias de los trabajadores y sus dependientes, gracias a su estructura tripartita única que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores, en asociación con ONUSIDA² y una serie de otros actores nacionales e internacionales, incluidas las organizaciones de, por y para personas que viven con el VIH³. En este sentido, la OIT cumple una función esencial al proporcionar orientación destinada a promover el desarrollo y la implementación de respuestas eficaces en el lugar de trabajo basadas en derechos.

En 2010 la OIT adoptó una norma internacional del trabajo para orientar las respuestas legales y políticas al VIH y el sida en el mundo del trabajo. La Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), es un instrumento internacional de derechos humanos que establece los principios fundamentales para la prevención y el tratamiento del VIH y que protege los derechos laborales de las personas que viven con VIH o están afectadas por el VIH o el sida. Está construida en torno a los cuatro objetivos estratégicos del Programa de Trabajo Decente de la OIT: los principios y derechos fundamentales en el trabajo; las oportunidades para que las mujeres y los hombres obtengan trabajo e ingresos decentes; el acceso a la protección social; y el tripartismo y el diálogo social.

En junio de 2011 la Declaración política sobre el VIH y el sida confirmó el compromiso de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas de incluir el mundo del trabajo como un componente esencial de las respuestas al VIH, destacando la orientación proporcionada por la Recomendación núm. 200 de la OIT y otros convenios y recomendaciones pertinentes de la OIT. Hizo un llamamiento a los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que protejan los derechos humanos en el trabajo.

² La OIT ha sido uno de los patrocinadores de ONUSIDA desde 2001 y trabaja en colaboración con ONUSIDA y los demás organismos copatrocinadores de la familia de las Naciones Unidas.

³ Coalición Europea de Personas Positivas (ECP), *Declaración de París*, adoptada en la Cumbre de París sobre el sida el 1.º de diciembre de 1994. La Declaración establece los «Principios GIPA»: mayor participación de las personas que viven con el VIH o que están afectadas por el VIH o el sida.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración política sobre el VIH y el sida: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el sida*, resolución 65/277 (aprobada el 10 de junio de 2011), A/RES/65/277, párrafo 85

«Nos comprometemos a mitigar los efectos de la epidemia en los trabajadores, sus familias y los familiares a su cargo, los lugares de trabajo y las economías, por medios que incluyen tener en cuenta todos los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo y la orientación que figura en sus recomendaciones, incluida la Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010 (núm. 200), y exhortamos a los empleadores, los gremios y sindicatos, los empleados y los voluntarios a que eliminen el estigma y la discriminación, protejan los derechos humanos y faciliten el acceso a la prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo relativos al VIH.»

La Recomendación núm. 200 de la OIT hace hincapié en la importancia de contar con instituciones judiciales y administraciones laborales sólidas e independientes. Solicita a las autoridades judiciales nacionales competentes en materia laboral participar en el desarrollo, la adopción y la implementación eficaz de políticas y programas nacionales y para los lugares de trabajo en relación con el VIH y el sida, en particular en el desarrollo y la aplicación de la legislación nacional, y propone que para ello se les brinde capacitación (párrafos 37, *b*), y 44 de la Recomendación, incluidos en el apéndice 2 del CD-ROM adjunto).

Para garantizar la protección eficaz de los derechos laborales de las personas que viven con el sida

o se ven afectadas por el VIH o el sida, las políticas y las leyes existentes basadas en los derechos humanos se deben aplicar de manera firme en los tribunales de trabajo o mediante otros mecanismos nacionales de resolución de conflictos, a fin de poder enmendar las presuntas violaciones de una manera segura, accesible y oportuna. Los jueces y profesionales del derecho también puede recurrir a instrumentos internacionales (y regionales) de derechos humanos que les ayuden a hacer frente a los casos relacionados con el VIH que se presenten ante ellos.



Desde 1999, el Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín, Italia (CIF-OIT) ha venido proporcionando capacitación a jueces, abogados y profesores de derecho sobre las normas internacionales del trabajo y sobre las maneras en que estas normas pueden ser –y han sido– utilizadas en distintos tribunales nacionales⁴. También ha desarrollado una base de datos de las decisiones judiciales en las cuales los tribunales nacionales e internacionales se han basado en las normas internacionales del trabajo y en otros instrumentos jurídicos internacionales para resolver los casos presentados ante ellos⁵. Además, la OIT ha elaborado directrices para responder al VIH y el sida mediante el desarrollo y la aplicación de legislación que incorpore las normas internacionales del trabajo, y ha producido materiales de capacitación y de referencia, dirigidos a jueces de tribunales laborales y a profesionales del derecho, acerca de las normas laborales relacionadas con el VIH y el sida⁶.

Del mismo modo, ONUSIDA y otros copatrocinadores han reconocido la importancia de que las autoridades judiciales y los miembros de las profesiones jurídicas participen en las respuestas nacionales al sida, mediante el desarrollo de materiales de referencia para que los jueces se familiaricen con una amplia gama de cuestiones relacionadas con el VIH, incluidos los instrumentos y la jurisprudencia internacional⁷. Además, los materiales regionales elaborados están a disposición de jueces y profesionales del derecho y centrados en subregiones específicas⁸.

Objetivos

El propósito de este manual es mejorar la capacidad que tienen las autoridades judiciales nacionales y los profesionales del derecho para enfrentar cuestiones relacionadas con el VIH y el sida en el lugar de trabajo –sobre todo, el estigma y la discriminación relacionados con el VIH en el lugar de trabajo– y para contribuir de manera más amplia a las respuestas nacionales al VIH.

Los módulos del manual están diseñados para ser utilizados como un todo o por separado, dependiendo de los objetivos de la capacitación y del tiempo

⁴ X. Beaudonnet (director), *International labour law and domestic law: A training manual for judges, lawyers and legal educators* (Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2010).

⁵ La base de datos está disponible en la dirección <http://compendium.itcilo.org/>.

⁶ J. Hodges, *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, InFocus Programme on Social Dialogue, Working Paper No. 3 (OIT, Ginebra, 2004); véase también J. Hodges (directora), *Digest of good legislative practices relating to HIV/AIDS in selected African countries/Recueil de bonnes pratiques législatives en matière de VIH/SIDA dans certains pays d'Afrique*, Dialogue Working Paper No. 12 (OIT, Ginebra, 2007).

⁷ ONUSIDA, *Judging the epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law* (Ginebra, 2013); véase también Canadian HIV/AIDS Legal Network/UNAIDS, *Courting rights: Case studies in litigating the human rights of people living with HIV*, UNAIDS Best Practice Collection (Ginebra, 2006).

⁸ Véase, por ejemplo, Southern Africa Litigation Centre (SALC), *Equal rights for all: Litigating cases of HIV-related discrimination*, SALC Litigation Manual Series (SALC, Johannesburgo, 2011); véase también SALC, *Protecting rights: Litigating cases of HIV testing and confidentiality of status*, SALC Litigation Manual Series (SALC, Johannesburgo, 2012).

disponible. Los módulos pueden ser utilizados como componentes de capacitación autónomos sobre la Recomendación núm. 200 de la OIT, o como parte de un curso más amplio que abarque otras normas e instrumentos internacionales del trabajo. El enfoque del manual sigue la línea del manual de capacitación del CIF-OIT.

Estructura

Este manual consta de doce módulos y ofrece una amplia gama de ejemplos prácticos de jurisprudencia.

- El módulo 1 presenta los hechos básicos sobre el VIH y el sida, incluidos los modos de transmisión del VIH.
- El módulo 2 ofrece una visión general sobre cuándo pueden los tribunales nacionales utilizar los instrumentos internacionales del trabajo en sus decisiones, y la manera en que los han utilizado en el pasado.
- El módulo 3 establece los tipos y las características de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes al VIH y el sida y el mundo del trabajo.
- El módulo 4 ofrece una visión general de la estructura de la OIT, las normas internacionales del trabajo y los órganos de control, y presenta ejemplos de la orientación proporcionada por los órganos de control de la OIT en relación con el VIH y el sida.
- El módulo 5 presenta un resumen de los principios fundamentales de derechos humanos de la Recomendación núm. 200 de la OIT.
- El módulo 6 se ocupa de las formas más comunes de discriminación en el empleo relacionada con el VIH.
- El módulo 7 examina cuestiones relativas a los exámenes, la privacidad y la confidencialidad en el contexto del VIH y el empleo.
- El módulo 8 se ocupa de las dimensiones de género de la epidemia del VIH.
- El módulo 9 analiza los grupos clave considerados más vulnerables o con mayor riesgo de transmisión del VIH en el contexto de las epidemias nacionales de VIH.
- El módulo 10 examina la importante función que pueden cumplir los jueces y los profesionales del derecho en su tarea de garantizar la protección eficaz de los derechos laborales de las personas que viven con el VIH o se ven afectadas por el VIH o el sida.
- El módulo 11 aborda el acceso a la justicia para las personas que viven con el VIH o se ven afectadas por el VIH, incluidas cuestiones relacionadas con mecanismos, procedimientos y recursos.
- El módulo 12 proporciona una muestra del programa de un curso de capacitación de tres días, junto con actividades y estudios de casos que facilitan el aprendizaje continuo.
- El CD-ROM adjunto contiene un exhaustivo conjunto de materiales de referencia y capacitación, así como el texto íntegro de las sentencias citadas en el texto principal.

Módulo 1: El VIH y el sida y sus modos de transmisión

La epidemia del VIH es uno de los mayores retos que enfrenta el mundo en el siglo XXI. Hacia finales de 2011 se estimaba que 34 millones de personas vivían con el VIH en todo el mundo⁹.

La gran mayoría de estas personas son adultos de 15 a 49 años; y precisamente este grupo de edad es el más productivo, ya sea porque trabaja o porque está vinculado con el mundo del trabajo. El VIH y el sida no solo afectan a los trabajadores y sus familias, sino que, a partir de ellos, también afectan a las comunidades locales en las que viven y trabajan. Las enfermedades relacionadas con el VIH tienen repercusiones en las empresas en términos de pérdida de competencias, aumento del ausentismo y disminución de la productividad. Por esta razón, el VIH no solo es una cuestión de salud y de derechos humanos, sino también un asunto relacionado con el lugar de trabajo. Además, los lugares de trabajo son espacios muy propicios para llegar a las personas más afectadas por la epidemia mediante la prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo en relación con el VIH.

La naturaleza cambiante de la epidemia

Desde que se identificaron los primeros casos de sida a principios de los años ochenta, la epidemia ha causado la muerte de millones de personas en todo el mundo. El VIH y el sida han causado enormes pérdidas humanas y económicas, que afectan a los trabajadores y sus familias, a las empresas, las comunidades y las economías nacionales. Tras reconocer los efectos devastadores de la epidemia, especialmente en las regiones más afectadas, como en África Subsahariana, la comunidad internacional se comprometió a luchar contra el VIH, la tuberculosis, el paludismo y otras enfermedades como parte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas adoptados en el año 2000¹⁰.

Desde la adopción de los ODM, se ha hecho un progreso significativo hacia la meta del acceso universal a los servicios de prevención, tratamiento, atención y

⁹ ONUSIDA, *Informe mundial: Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de SIDA* (Ginebra, 2012), pág. 8.

¹⁰ Se puede obtener más información sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el sitio web de las Naciones Unidas <http://www.un.org/millenniumgoals/>.

apoyo asociados al VIH. Actualmente hay pruebas de que las nuevas infecciones por el VIH están disminuyendo en muchos países¹¹. Sin embargo, los esfuerzos de prevención del VIH siguen siendo de fundamental importancia, dado que, a pesar de una disminución de nuevas infecciones en algunos países, en otros nuevas infecciones están aumentando¹². Para no retroceder ante la epidemia, es fundamental intensificar las medidas de prevención y orientarlas hacia la satisfacción de las necesidades y preocupaciones de los grupos de población clave más afectados, dependiendo de las características de la epidemia en cada país y región.

Si bien aún no existe una cura para el VIH, los avances científicos y médicos han conducido al desarrollo de tratamientos antirretrovirales eficaces. Como resultado, el VIH ya no representa una sentencia de muerte. En todo el mundo más personas que nunca están viviendo con el VIH; sin embargo, en 2011 menos de la mitad (46 por ciento) de las personas que viven con el VIH en países de ingresos bajos y medianos tuvieron acceso al tratamiento que necesitaban¹³. Garantizar el acceso oportuno al tratamiento a todas las personas que viven con el VIH y el tratamiento sostenible durante toda la vida sigue siendo un reto en muchas regiones, y es esencial para reducir las nuevas infecciones y el número de muertes relacionadas con el sida en todo el mundo.

Para que los jueces y profesionales del derecho puedan tratar los casos relacionados con cuestiones sobre el VIH y el sida con la objetividad e imparcialidad necesarias, es importante que estén familiarizados con los hechos básicos sobre el VIH y el sida y los modos de transmisión del VIH.

Definiciones¹⁴

- «*VIH*» designa el virus de la inmunodeficiencia humana, que deteriora el sistema inmunitario humano. La infección por VIH se puede prevenir mediante la adopción de medidas adecuadas;
- «*Sida*» designa el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, que resulta de los estadios avanzados de la infección por el VIH y que se caracteriza por la aparición de infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH o ambas cosas;
- «*personas que viven con el VIH*» designa a las personas infectadas por el VIH.

¹¹ ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, *op. cit.*, pág. 8.

¹² *Ibid.*

¹³ ONUSIDA: *Informe de ONUSIDA para el día mundial del sida 2012* (Ginebra, 2012), págs. 17 y 39.

¹⁴ Párrafo 1, apartados a) a c) de la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200). Véase en el módulo 3 una lista más completa de las definiciones incluidas en la recomendación citada.

Mitos y errores comunes

Muchas personas tienen miedos o percepciones erróneas acerca del VIH y el sida. Las percepciones erróneas comunes acerca de los modos de transmisión del VIH provocan miedo, que a su vez conduce al estigma y a la intolerancia, en particular en el entorno laboral¹⁵. Por lo tanto, para reducir el estigma relacionado con el VIH es esencial esclarecer los hechos relacionados con la transmisión del VIH.

El VIH **no puede** ser transmitido por contacto físico casual de ningún tipo, como:

- ✓ Besar, abrazar o darse la mano
- ✓ Picaduras de mosquitos o insectos
- ✓ Toser, estornudar o escupir
- ✓ Compartir servicios sanitarios o lavabos
- ✓ Utilizar utensilios o consumir alimentos y bebidas manipulados por alguien que está infectado con el VIH.

Los modos de transmisión del VIH

El VIH se transmite mediante los fluidos corporales: sangre, semen, secreciones vaginales y leche materna¹⁶. La transmisión solo puede ocurrir de las siguientes maneras:

- Por relaciones sexuales sin protección¹⁷, ya sean heterosexuales u homosexuales, con una pareja VIH-positiva (este es el modo más común de transmisión). El riesgo de transmisión sexual del VIH se incrementa por la presencia de otras infecciones de transmisión sexual, en particular las de tipo ulcerativo tales como el herpes o la sífilis;
- Por transmisión madre-hijo durante el embarazo y el parto, cuando no se sigue un régimen de prevención, o a partir de la lactancia materna¹⁸; o
- Por la sangre y sus productos, por ejemplo:
 - ✓ Transfusión de sangre infectada o trasplante de órganos o tejidos infectados;

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, op. cit., párrafo 5.

¹⁶ Las personas no pueden ser infectadas por el sida, solo por el VIH. Por lo tanto, se debe hacer referencia únicamente a «la transmisión del VIH», no a «la transmisión del VIH/SIDA».

¹⁷ Los actos sexuales «sin protección» se refieren a las relaciones sexuales sin una barrera protectora. Por ejemplo, los condones masculinos o femeninos son barreras eficaces cuando se usan correctamente.

¹⁸ Proporcionar protocolos de tratamiento adecuados puede reducir la transmisión maternoinfantil, pero no puede garantizar que se evite por completo la transmisión en todos los casos.

- ✓ Compartir el material contaminado utilizado para inyectarse drogas; por ejemplo, agujas o jeringas, o instrumentos contaminados para perforar la piel;
- ✓ Accidentes de trabajo, incluidas las lesiones por pinchazos de agujas sufridas por profesionales de la salud mientras brindan cuidados a pacientes infectados por el VIH. Otros trabajadores del sector de la salud, como los encargados de la limpieza, también pueden correr el riesgo de sufrir lesiones por pinchazos de agujas.

El VIH es un virus frágil que solo puede sobrevivir en una variedad limitada de condiciones. Puede entrar en el cuerpo a través de las membranas mucosas, tales como la boca o la vagina. El VIH no puede penetrar en el cuerpo si la piel está intacta, pero puede hacerlo fácilmente a través de una herida abierta. Por lo tanto, la prevención consiste en asegurarse de que existe una barrera al virus –condones, por ejemplo, o medios de protección como guantes y máscaras, si corresponde– y de que las agujas y otros instrumentos para perforar la piel no estén contaminados.

A fin de evitar la exposición accidental al VIH, es importante seguir las directrices de precaución estándar elaboradas en 1996 por los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos. Para obtener información adicional acerca de las precauciones estándar, consulte los CDC en <http://www.cdc.gov/>.

La importancia de que las personas conozcan su estado serológico respecto del VIH

Una persona puede estar durante muchos años infectada por el VIH y no desarrollar síntomas. Si las personas no son conscientes de que son VIH-positivas, es posible que no tomen las precauciones adecuadas¹⁹ y, como resultado, podrían transmitir el virus a partir de relaciones sexuales, la sangre u otros fluidos corporales. Por esta razón, los programas de prevención del VIH animan a las personas a buscar asesoramiento voluntario (y confidencial) sobre el VIH, así como pruebas de detección del virus lo antes posible, para poder contar con información acerca de su estado; y si resultan ser VIH-positivas podrán adoptar las medidas adecuadas para evitar transmitir el virus a otras personas. También se alienta la realización de pruebas de detección por iniciativa de los proveedores de salud, siempre que dichas pruebas respeten las directrices internacionales para pruebas voluntarias y confidenciales de VIH y se acompañen de asistencia antes y después de las pruebas²⁰.

¹⁹ Por ejemplo, al utilizar un condón masculino o femenino.

²⁰ La «tasa de prevalencia» designa la proporción de personas de una población que vive con el VIH en un momento específico en el tiempo. La «tasa de incidencia» cuantifica la tasa de nuevas infecciones por VIH durante un periodo determinado en una población específica.

La mayoría de las pruebas de VIH detectan la presencia de anticuerpos contra el VIH, no el virus en sí. Puede pasar algún tiempo antes de que el sistema inmunitario produzca suficientes anticuerpos para que la prueba detecte el VIH; el periodo de tiempo varía de una persona a otra (entre dos y ocho semanas). Este periodo se conoce comúnmente como el «periodo silente», durante el cual las personas pueden ser muy infecciosas y, sin embargo, no ser conscientes de su condición. También es importante reducir el estigma y la discriminación asociados al VIH con el fin de animar a las personas a que, voluntariamente, realicen las pruebas del VIH. Muchas de las personas que se beneficiarían de las pruebas voluntarias de detección del VIH no optan por esta solución por temor a ser discriminadas o rechazadas por sus familias o compañeros de trabajo.

El tratamiento como prevención

El tratamiento antirretroviral contribuye a la prevención de la transmisión del VIH: disminuye la concentración de VIH (también conocida como la carga viral) en la corriente sanguínea y en las secreciones genitales. Dado que la carga viral es el factor de mayor riesgo en todos los modos de transmisión del VIH, la estricta observancia del tratamiento antirretroviral, que mantiene baja la carga viral, también disminuye el riesgo de transmisión del VIH de una persona a otra.

Puntos de discusión

1. ¿Cómo ha afectado la epidemia del VIH a su país y región?
 - a) ¿Conoce la tasa de infección por VIH en su país y región?
 - b) ¿Cuáles son los principales modos de transmisión del VIH en su país y región?
 - c) ¿Cómo ha sido la evolución reciente de la epidemia en su país y región?
2. ¿El tratamiento antirretroviral está ampliamente disponible en su país o región? ¿El costo de este tratamiento está subvencionado o se subsidia de alguna otra manera?
3. ¿Cuál es el nivel de conciencia general sobre el VIH y el sida entre la población en general, y entre la comunidad jurídica, incluidos los jueces y profesionales en derecho? ¿Hay programas educativos y de concienciación establecidos, y cuál es su eficacia?

Módulo 2: Uso del derecho internacional y las normas internacionales del trabajo

Las fuentes y el contenido del derecho internacional se han ampliado desde la creación de la OIT en 1919 y de las Naciones Unidas en 1945. Como resultado, los tribunales nacionales han recurrido cada vez más a la legislación internacional de derechos humanos en sus decisiones. Además, la legislación y las políticas nacionales incorporan, con frecuencia cada vez mayor, referencias a la legislación internacional de derechos humanos²¹.

Junto con la legislación nacional, el derecho internacional proporciona recursos clave para enfrentar y resolver los conflictos laborales relacionados con el VIH. Este módulo brindará una visión general de cuándo y cómo el derecho internacional puede utilizarse –y se ha utilizado– en contextos nacionales. Los siguientes módulos 3, 4 y 5 se centrarán en el contenido de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes relativos a los derechos laborales y al VIH y el sida.

Enfoques nacionales del derecho internacional

La manera en que el derecho internacional –incluidas las normas internacionales del trabajo– se incorpora en la legislación nacional generalmente depende de si el sistema jurídico del país tiene un enfoque «monista» o «dualista» del derecho internacional.

Tradicionalmente, bajo un sistema «monista» se considera que el derecho internacional y el nacional pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, por regla general, los tratados entrarán en vigor tras su ratificación o al completar los procedimientos requeridos. En general, se entiende que los sistemas monistas incluyen la «incorporación automática» del derecho internacional en la legislación nacional²².

²¹ Para una discusión detallada acerca de la utilización de las normas internacionales del trabajo en el ámbito nacional, véase X. Beaudonnet (director): *International labour law and domestic law*, *op. cit.*, págs. 3-34.

²² Véase C. Thomas, M. Oelz y X. Beaudonnet, «The use of international law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004), págs. 249-285.

Bajo un enfoque «dualista», la legislación nacional y la internacional se consideran pertenecientes a dos esferas separadas y distintas del derecho. Por lo tanto, es necesario que el poder legislativo del país realice la incorporación jurídica de un tratado antes de que el instrumento entre en vigor. En consecuencia, los tribunales nacionales de los países con sistemas jurídicos dualistas no pueden resolver directamente una disputa basándose únicamente en un tratado, a menos que haya sido incorporado en la legislación nacional mediante una ley, un decreto o por otros medios.

Las teorías monista y dualista del derecho son útiles para identificar los problemas relacionados con el uso del derecho internacional en los tribunales nacionales; sin embargo, muchos sistemas jurídicos, independientemente de su carácter monista o dualista, comparten enfoques comunes del derecho internacional. Por ejemplo, las constituciones de muchos países, tanto monistas como dualistas, establecen que el derecho internacional debe ser utilizado como una guía para la interpretación del derecho interno.

La Constitución de Sudáfrica, un país dualista, establece que sus tribunales deben tener en cuenta el derecho internacional:

El artículo 39 b) de la Constitución de Sudáfrica, de 1996, establece:

«En la interpretación de la Declaración de Derechos, una corte, tribunal o foro:

[...]

b) debe tomar en consideración el derecho internacional».

España, un país monista, también exige que los tribunales nacionales tomen en consideración el derecho internacional en la interpretación de la legislación nacional:

El artículo 10.2 de la Constitución de España, de 27 de diciembre de 1978, establece:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Los países dualistas también pueden elaborar disposiciones que eliminen la necesidad de incorporar los tratados ratificados en la legislación nacional, con lo que consiguen un resultado similar al monismo. Por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica establece que cualquier disposición de efecto inmediato de un tratado aprobado por el Parlamento forma parte del ordenamiento jurídico interno, a menos que sea incompatible con la Constitución o con una ley del Parlamento.

El artículo 231.4) de la Constitución de Sudáfrica, de 1996, establece:

«Todo acuerdo internacional se convierte en ley de la República cuando la legislación nacional lo convierte en ley; pero una disposición de efecto inmediato de un acuerdo que ha sido aprobado por el Parlamento forma parte de la ley de la República, a menos que sea incompatible con la Constitución o con una ley del Parlamento».

Independientemente de la tradición jurídica de los distintos países, las autoridades judiciales nacionales están aplicando el derecho internacional con creciente frecuencia.

Los tribunales nacionales han utilizado el derecho internacional –y lo siguen utilizando– en cuatro formas básicas:

- I. Directamente, como base para una decisión (generalmente para colmar lagunas de la legislación nacional o para sustituir a la legislación nacional en casos en que proporciona un menor nivel de protección);
- II. Como ayuda para orientar la interpretación de la legislación nacional;
- III. Para establecer un principio jurídico basado en el derecho internacional (especialmente cuando la legislación interna no es suficiente); o
- IV. En las sentencias, para fortalecer la decisión de un juez basada en la legislación nacional y para apoyar la justificación de la sentencia.

Aplicación directa del derecho internacional

En los sistemas monistas, los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional para resolver un caso directamente, cuando hay un vacío en la legislación nacional existente o cuando una disposición nacional establece un nivel menor de protección que la incluida en el derecho internacional.

País: Argentina

Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A.*, caso núm. A. 2652, XXXVIII, sentencia de 21 de septiembre de 2004

Un trabajador sufrió un grave accidente en el trabajo al caer de un techo en el que había estado trabajando sin equipo de seguridad ni una red de seguridad. Como resultado del accidente, se determinó que el trabajador presentaba el 100 por ciento de incapacidad para trabajar.

En la Argentina, los accidentes de trabajo están regulados por la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), núm. 24557, que establece un sistema de compensación por



accidentes de trabajo. En virtud de la LRT la indemnización solo tiene en cuenta los daños materiales, y cubre únicamente el lucro cesante. Los empleadores amparados por el sistema de la LRT están exentos de la responsabilidad derivada de los accidentes relacionados con el trabajo. El Tribunal sostuvo que el sistema de la LRT era insuficiente y que no proporcionaba una reparación plena e integral conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Constitución argentina, que prohíbe la violación de los derechos de terceros. El Tribunal también determinó que el sistema era incompatible con los principios de protección en el trabajo y de garantía de condiciones dignas y equitativas de trabajo estipulado en el artículo 14*bis* de la Constitución, así como con otros principios incluidos en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enumerados en el artículo 75, sección 22, de la Constitución argentina.

El Tribunal concluyó que la LRT no era compatible con el principio de justicia social, citando los preámbulos de la Constitución de la OIT, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho internacional como guía para la interpretación del derecho nacional

Cuando se utiliza el derecho internacional como base para interpretar la legislación interna, la decisión no se basa únicamente en el derecho internacional. Este enfoque ha sido utilizado tanto en sistemas monistas como dualistas. Por otra parte, el uso del derecho internacional como guía para la interpretación no se limita a los instrumentos legalmente vinculantes. Se puede tomar como ejemplo la siguiente decisión del Tribunal Laboral de Botswana.

País: Botswana

Tribunal Laboral de Botswana, *Lemo v. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd.*, caso núm. 166 de 2004, sentencia de 22 de noviembre de 2004

Al examinar una denuncia de despido injustificado a causa del estado serológico respecto del VIH, el Tribunal citó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y señaló que, como tribunal de equidad, «tiene derecho a tomar en consideración los principios internacionales en materia de derechos laborales». Al sostener que un trabajador no puede ser despedido solamente porque él o ella sea VIH-positivo, el Tribunal también señaló que el «*Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*. [...] si bien no cuenta con fuerza de ley, es convincente en la medida que es compatible con las obligaciones internacionales de Botswana» (el Tribunal citó también los Convenios núms. 111 y 158 de la OIT).

Utilización del derecho internacional para establecer un principio jurídico

Los tribunales de sistemas monistas y dualistas han utilizado el derecho internacional para establecer principios jurisprudenciales, en particular para colmar vacíos en las legislaciones nacionales. En este contexto, los tribunales han utilizado el derecho internacional como base para el desarrollo de jurisprudencia mediante el uso tanto de tratados ratificados como de directrices internacionales, como ilustra el siguiente caso.

País: Brasil

Tribunal Supremo de Trabajo (TST), *São Paulo Transporte S.A. v. Gilmar Ramos da Silva*, caso núm. TST-RR-439041-20.1998.5.02.5555, sentencia de 5 de mayo de 2003 (publicada el 23 de mayo de 2003)

El empleador despidió a un trabajador por razones técnicas, estando al tanto de que era VIH-positivo. El trabajador presentó una demanda en la que solicitaba su reincorporación y el pago de daños y perjuicios. El Tribunal de primera instancia falló a favor del demandante. En su apelación, el empleador argumentó que la ley brasileña no contenía ninguna disposición que reconociera el derecho del trabajador a la estabilidad [de empleo] y que las disposiciones de la Constitución Federal no apoyaban la solicitud de reincorporación.

El Tribunal consideró que el empleador no había podido demostrar los fundamentos técnicos para el despido, y concluyó que el trabajador había sido despedido debido a su estado serológico respecto del VIH, en violación de las disposiciones de la Constitución Federal de 1988 sobre el derecho a la dignidad. El razonamiento del Tribunal se basó en que el marco jurídico brasileño contenía protecciones contra las conductas discriminatorias, citando la Constitución Federal y las normas internacionales del trabajo, incluido el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Por consiguiente, el Tribunal concluyó que el trabajador seropositivo tenía derecho a la protección contra la discriminación.

Utilización del derecho internacional en apoyo de una decisión basada en la legislación nacional

Los tribunales nacionales en sistemas jurídicos tanto monistas como dualistas pueden utilizar el derecho internacional para fortalecer las resoluciones tomadas sobre la base de la legislación nacional existente. Las siguientes resoluciones son ejemplos de ello.

País: Burkina Faso

Tribunal de Trabajo de Uagadugú, *Idrissa Zongo y otras dos personas*

***v. Gasolinera Bataille du Rail*, caso núm. 090, sentencia de 17 de junio de 2003**

Para fortalecer el principio de implementación de los salarios mínimos según lo establecido por el Código de Trabajo de Burkina Faso, el Tribunal de Trabajo hizo referencia a la obligación del empleador de respetar los salarios mínimos fijados conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), y en el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), ambos convenios de la OIT.

Las normas internacionales del trabajo han servido de inspiración para los tribunales nacionales y se han citado para apoyar y complementar las resoluciones basadas en el derecho interno.

País: Sudáfrica

Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Gary Shane Allpass v. Mooikloof Estates*

***(Pty) Ltd.*, caso núm. JS178/09, sentencia de 16 de febrero de 2011**

«La legislación sudafricana contra la discriminación deriva su mandato judicial de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), el cual prohíbe la discriminación en el lugar de trabajo basada en una serie de motivos específicos, aunque no proscribe la discriminación por VIH. Más recientemente, la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), de la OIT, reconoció el impacto de la discriminación basada en el estado serológico respecto del VIH, real o percibido, y su prevalencia.»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos toma en consideración el derecho internacional, incluidas las normas internacionales del trabajo, al examinar los casos presentados ante el Tribunal. El caso *Kiyutin v. Federación de Rusia*, donde se examinaron acusaciones de discriminación basada en el estado serológico respecto del VIH, hizo referencia a la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), entre otros instrumentos.

Consejo de Europa

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)

País: Federación de Rusia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kiyutin v. Federación de Rusia*, solicitud núm. 2700/10, sentencia de 10 de marzo de 2011, párrafo 67

«El Tribunal ha declarado reiteradamente que toma en consideración los instrumentos e informes internacionales pertinentes con el fin de interpretar las garantías del convenio y establecer si existe una norma común en el campo. Corresponde al Tribunal decidir qué instrumentos e informes internacionales considera pertinentes y la importancia que les atribuye.»

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos establece que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, constituida de conformidad con el artículo 30 de la Carta, debe tomar en consideración el derecho internacional en materia de derechos humanos al estudiar los asuntos que se le presentan.

Unión Africana

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

Artículo 60

«La Comisión se basará en la legislación internacional en materia de derechos humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a los derechos humanos y de los pueblos, en la Carta de las Naciones Unidas, en la Carta de la Organización para la Unidad Africana, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos, así como en las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por los organismos especializados de las Naciones Unidas de los cuales los firmantes de la presente Carta sean miembros.»

Artículo 61

«La Comisión también tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables otros convenios internacionales, generales o especiales, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, las prácticas africanas conformes a las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, las costumbres generalmente aceptadas como normas, los principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como los precedentes y las doctrinas jurídicas.»

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en consideración el derecho internacional, incluidas las normas internacionales del trabajo, al examinar los casos presentados ante ella. El caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, que, entre otras cosas, trataba sobre el derecho a la salud, es un ejemplo.

País: Paraguay

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, demanda núm. 12313, de 10 de enero de 2000, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 127

En el presente caso, al analizar el ámbito de aplicación del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales además de la Convención Americana, tales como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Directrices internacionales y otros instrumentos internacionales

Los tribunales nacionales también han utilizado directrices internacionales para resolver casos internos. Por ejemplo, en los siguientes casos, los tribunales citaron el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* (2001) y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) en apoyo de sus resoluciones.

País: Botswana

Tribunal Laboral de Botswana, *Monare v. Botswana Ash (Pty) Ltd.*, caso núm. 112 de 1998, sentencia de 28 de marzo de 2004

El Tribunal Laboral de Botswana hizo referencia al *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* (2001). El Tribunal señaló que, si bien el Repertorio no es vinculante, proporciona «directrices útiles basadas en las normas del trabajo internacionalmente reconocidas».

País: Brasil

Tribunal Regional de Trabajo (RODC), caso núm. TST-RODC-2025400-93.2006.5.02.000, sentencia de 18 de octubre de 2010 (publicada el 28 de octubre de 2010)

El Tribunal se refirió tanto al Convenio núm. 111 de la OIT como al *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* (2001) al estudiar una demanda relacionada con denuncias de despido injustificado basadas en el estado serológico respecto del VIH. El Tribunal señaló que, para dar cumplimiento al Convenio núm. 111 y al Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, es necesario garantizar el derecho de los trabajadores a ser reubicados de manera compatible con su estado de salud y de acuerdo a las recomendaciones médicas, cuando su capacidad de trabajo se vea deteriorada [debido a una enfermedad asociada al VIH].

Tribunal Supremo de Trabajo (TST), *WMS Supermercados do Brasil Ltda. v. Flávio Antônio dos Santos Mascarenhas*, caso núm. TST-RR-105500-32.2008.5.04.0101, sentencia de 29 de junio de 2011 (publicada el 5 de agosto de 2011)

En un caso relacionado con alegatos de despido injustificado debido a una discapacidad mental, el Tribunal se refirió al Convenio núm. 111 de la OIT, así como a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998.

Puntos de discusión

1. ¿El sistema jurídico de su país es monista o dualista? ¿Contiene aspectos «mixtos»?
2. ¿Su Constitución nacional u otras leyes proporcionan orientación sobre la posición del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional?
3. ¿Conoce jurisprudencia de su país que haya hecho uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidas las normas internacionales del trabajo? Si es así, ¿cómo se han utilizado estos instrumentos en su jurisdicción?

Módulo 3: Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes al VIH y el sida

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, independientemente de su raza, color, sexo, origen nacional, condición social o cualquier otro factor. Estos derechos son universales e inalienables y se aplican a todas las personas por igual, sin discriminación. Los derechos humanos y las libertades fundamentales se consideran interrelacionados, interdependientes e indivisibles²³. Se expresan en instrumentos, como los tratados y las convenciones, los cuales pueden ser ratificados por los países²⁴. El derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho también son fuentes del derecho internacional²⁵.

Cuando los individuos y las comunidades pueden ejercer sus derechos humanos fundamentales –a la educación y la información, la salud, la libre asociación, la vida privada y el derecho a estar libres de discriminación– también pueden disfrutar de un mejor acceso a los servicios asociados al VIH. Los entornos abiertos y solidarios que respetan los derechos fundamentales de las personas que viven con el VIH o están afectadas por el VIH o el sida también apoyan la prevención y la educación asociados al VIH.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA*, resolución S-26/2 (adoptada el 27 de junio de 2001) A/RES/S-26/2

«Reconociendo que la plena realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos es un elemento indispensable de la respuesta mundial a



²³ Véase el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) en: www.ohchr.org.

²⁴ Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969.

²⁵ Véase el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establecida en 1945 en virtud de la Carta de las Naciones Unidas.

la pandemia del VIH/SIDA, particularmente en las esferas de la prevención, la atención, el apoyo y el tratamiento, y que reduce la vulnerabilidad al VIH/SIDA y evita el estigma y la discriminación conexas de las personas que viven con VIH/SIDA o con riesgo de contraerlo.»

Este módulo se centra en los instrumentos internacionales y regionales pertinentes al VIH y el sida y el mundo del trabajo.

Instrumentos de las Naciones Unidas

Los derechos humanos se afirman en numerosos instrumentos de las Naciones Unidas. Se ha interpretado que varios de estos instrumentos aplican al VIH y el sida, a pesar de que la epidemia no se conocía en el momento en que muchos de ellos fueron adoptados.

Los instrumentos de las Naciones Unidas pertinentes al VIH y el sida incluyen:

- la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948);
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus dos Protocolos facultativos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
- la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (1979);
- la Convención sobre los Derechos del Niño (1989);
- la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), y
- la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

La aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas es supervisada por los órganos de los tratados de derechos humanos creados en virtud de las disposiciones del tratado específico al que se refieren. Están compuestos por expertos independientes que proporcionan orientación a los Estados en la implementación de los derechos establecidos en el tratado correspondiente²⁶.

La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa el principio de no discriminación en su artículo 2:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición* (énfasis añadido).

²⁶ La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) presta apoyo a los diferentes mecanismos de supervisión de los derechos humanos que forman parte del sistema de las Naciones Unidas. Para mayor información, consulte «Derechos Humanos y el VIH» en www.ohchr.org/EN/Issues/HIV/Pages/HIVIndex.aspx.

Este principio se refleja en disposiciones similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2(2)):

Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*» (énfasis añadido).

Artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*» (énfasis añadido).

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (reemplazada actualmente por el Consejo de Derechos Humanos) ha confirmado en numerosas ocasiones que se debe interpretar que la prohibición de la discriminación por motivos de «o cualquier otra condición social», incluida en los instrumentos internacionales de derechos humanos, abarca el estado de salud, incluyendo el VIH y el sida²⁷.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, resolución núm. 1995/44 (adoptada el 3 de marzo de 1995) E/CN.4/RES/1995/44

«1. *Reafirma* que la discriminación sobre la base del VIH y el sida, real o presunta, está prohibida por las normas internacionales de derechos humanos y que la expresión 'o cualquier otra condición social', que figura en las disposiciones de los textos internacionales de derechos humanos sobre la no discriminación, debe interpretarse en el sentido de que abarca el estado de salud, incluso el VIH y el sida;



²⁷ Véase Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, resolución 1995/44, de 3 de marzo de 1995, párrafo 1; véanse también las resoluciones 1996/43 de 19 de abril de 1996; 1999/49 de 27 de abril de 1999; 2001/51 de 24 de abril de 2001; 2003/47 de 23 de abril del 2003, y 2005/84 de 21 de abril de 2005.

2. *Exhorta* a todos los Estados a que se aseguren, cuando sea necesario, de que sus leyes, políticas y prácticas, incluidas las introducidas en relación con el VIH o el sida, respetan las normas de derechos humanos, en particular el derecho a la vida privada y a la integridad de las personas que viven con el VIH o el sida, prohíben la discriminación relacionada con el VIH y el sida, y no tienen por efecto impedir que se realicen programas para prevenir el VIH y el sida y para atender a las personas que viven con VIH o sida».

La referencia a «cualquier otra condición social» en los instrumentos internacionales de derechos humanos puede permitir a los tribunales nacionales hacer frente a la discriminación asociada al VIH, incluso cuando el VIH y el sida no estén cubiertos explícitamente por la legislación nacional. La resolución de la Corte Constitucional de Rumania sirve de ejemplo.

País: Rumania

Corte Constitucional de Rumania, resolución núm. 6, sentencia de 25 de febrero 1993

«Los criterios de no discriminación [...] tal como se establecen en el artículo 4(2) de la Constitución incluyen: raza, nacionalidad, origen étnico, idioma, religión, sexo, opiniones, afiliación política, posición económica y origen social. Sin embargo, en este contexto se debe destacar que las disposiciones de la Constitución deben ser complementadas con los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que esta es la única manera en que el principio de igualdad de derechos puede tener una auténtica dimensión jurídica. Este es un resultado explícito del párrafo primero del artículo 20 de la Constitución, que establece que ‘Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los pactos y otros tratados de los que Rumania forme parte’. En consecuencia, en este caso se aplicarán las disposiciones del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Este artículo establece que: ‘Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’» (párrafo 3).

El Comité encargado de supervisar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que la referencia a «cualquier otra condición social» incluye el VIH como un motivo prohibido de discriminación, entre otros motivos pertinentes, tales como el estado de salud,

la discapacidad y la orientación sexual²⁸. El Comité de Derechos Humanos también ha interpretado que la referencia a «cualquier otra condición social» en el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege a las personas contra la discriminación basada en su estado serológico²⁹. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño también incluye una referencia a la prohibición de la discriminación por «cualquier otra condición social», la que se ha interpretado en el sentido de que abarca el VIH³⁰.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) es relevante en los casos de discriminación contra las mujeres que viven con o están afectadas por el VIH en todos los ámbitos, incluido el del empleo. Su artículo 2 exhorta a los Estados a seguir políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer. La importante función de los tribunales se resalta en el artículo 2, inciso c), que insta a los Estados a:

Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

En particular, el artículo 12(1) de la CEDAW insta a los Estados a tomar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica y garantizar su acceso a instalaciones adecuadas de servicios de atención médica, incluidos los que se refieran a información sobre planificación familiar. El comité de la CEDAW ha emitido una recomendación específica sobre la mujer y el sida en la que demanda que los programas sobre el VIH y el sida «presten especial atención a los derechos y las necesidades de las mujeres y los niños, y a los factores relativos a la función reproductiva de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades, lo que las hace especialmente vulnerables a la infección por VIH»³¹.

²⁸ Véase Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (art. 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), cuadragésima sesión (Ginebra, 4-22 de mayo de 2009), E/C.12/GC/20, párrafos 27 a 28 y 32 a 33.

²⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en cumplimiento del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. República de Moldova*, sesión noventa y siete (Ginebra, 4 de noviembre de 2009), CCPR/C/MDA/CO/2, párrafo 12.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación general núm. 4 (2003), sesión treinta y tres (Ginebra, mayo 19 a junio 6 de 2003), CRC/GC/2003/93, párrafo 6.

³¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, *Recomendación núm. 15: Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, noveno periodo de sesiones, Ginebra, 1990.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido comentarios pidiendo a los Estados que adopten medidas que garanticen que las mujeres disfruten de igualdad de acceso a los servicios de salud, educación e información, inclusive en relación con la salud sexual y reproductiva. El Comité recomendó que los Estados «emprendan acciones preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales que resulten nocivas y les nieguen sus plenos derechos reproductivos»³².

Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

En junio de 2001 la Asamblea General de las Naciones Unidas celebró su primer periodo extraordinario de sesiones sobre el VIH/SIDA (UNGASS) y adoptó la *Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA* (resolución S-26/2, de 27 de junio de 2001). La declaración insta a que se adopten medidas para establecer ambientes solidarios en el lugar de trabajo para las personas que viven con el VIH/SIDA (párrafo 49) y desarrollar un marco jurídico y normativo nacional que proteja los derechos laborales de las personas infectadas o afectadas por el VIH/SIDA (párrafo 69).

Al adoptar la Declaración de 2001 todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a informar cada dos años a la Asamblea General sobre los progresos realizados en respuesta a la epidemia (estos informes son comúnmente llamados «informes UNGASS»).

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA*, resolución S-26/2, adoptada el 27 de junio de 2001 (A/RES/S-26/2)

Párrafo 49

«[...] intensificar la respuesta al VIH/SIDA en el mundo laboral estableciendo y ejecutando programas de prevención y atención en los sectores público, privado y no estructurado, y tomar medidas para crear un entorno de trabajo que apoye a las personas que viven con VIH/SIDA.»

Párrafo 69

«[...] establecer un marco jurídico y normativo nacional que proteja en el lugar de trabajo los derechos y la dignidad de las personas que viven con VIH/SIDA o afectadas por éste y las que corren el mayor riesgo de infección, en consulta con representantes de los empleadores y los trabajadores y teniendo en cuenta las directrices internacionales establecidas en relación con el VIH/SIDA en el trabajo.»

³² Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 14*, sesión veintidós, Ginebra, 2000, párrafo 21.

Este compromiso fue reafirmado en 2006 con un segundo instrumento, la Declaración Política sobre el VIH/SIDA, resolución 60/262 (adoptada el 2 de junio de 2006).

En 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración política sobre el VIH/SIDA: Intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el SIDA* (resolución 65/277, de 10 de junio de 2011). En su párrafo 85 se reafirma el compromiso de eliminar el estigma y la discriminación asociados al VIH en el mundo del trabajo.

Directrices internacionales

Las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos* (2006), preparadas conjuntamente por ACNUDH y ONUSIDA, hacen un llamado a los gobiernos a proporcionar protección legislativa contra la discriminación relacionada con el VIH en el trabajo.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos* (versión consolidada), Ginebra, 2006

La quinta directriz (págs. 17 a 18 y 31 a 37) establece que la legislación contra la discriminación debe abarcar una amplia gama de áreas, incluyendo el empleo. Esta sección insta a adoptar medidas de protección que garanticen una serie de derechos laborales, incluido el derecho de las personas a no ser sometidas a pruebas del VIH al solicitar empleo, ascensos, capacitación o beneficios; la confidencialidad de la información relacionada con el VIH en el lugar de trabajo; y la seguridad en el trabajo para los trabajadores que viven con el VIH hasta que ya no sean capaces de trabajar. La legislación debe cubrir la discriminación tanto directa como indirecta y establecer procedimientos judiciales y/o administrativos independientes, rápidos y eficaces para obtener reparación.

El *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* (2001) proporciona orientación sobre el desarrollo e implementación de respuestas al VIH y el sida basadas en derechos para los lugares de trabajo. El repertorio fue desarrollado por un grupo tripartito de expertos en representación de gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores (véase el módulo 4).

Instrumentos regionales pertinentes al VIH y el sida

Consejo de Europa

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) es una fuente pertinente de derecho en los países europeos, en particular para aquellos que son miembros del

Consejo de Europa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la discriminación a partir del estado de salud, incluido el estado serológico respecto del VIH, está contemplada en el artículo 14 del convenio, mediante la referencia a «cualquier otra condición social», ya sea como una forma de discapacidad o junto con una discapacidad.

País: Federación de Rusia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kiyutin v. Federación de Rusia*, solicitud núm. 2700/10, sentencia de 10 de marzo de 2011, párrafo 57:

«[...] El Tribunal considera que la distinción hecha en razón del estado de salud de una persona, incluidas condiciones tales como la infección por VIH, debe estar cubierta –ya sea como una forma de discapacidad, o junto a ella– por la expresión *cualquier otra situación* en el texto del artículo 14 de la Convención».

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)

El artículo 14 del Convenio establece que:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *cualquier otra situación*» (énfasis añadido).

Unión Africana

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) exhorta a los Estados miembros de la Unión Africana a que se comprometan a eliminar toda forma de discriminación.

Unión Africana

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

El artículo 2 de la Carta Africana prohíbe la discriminación de cualquier tipo, y establece que:

«Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u *otro status*» (énfasis añadido).

En el caso *Banda v. Lekha*, el Tribunal de Relaciones Laborales de Malawi citó tanto la Carta Africana como el Convenio núm. 111 de la OIT, y sostuvo que la protección contra la discriminación en el empleo a causa del VIH estaba implícita en el artículo 20 de la Constitución de Malawi, que prohíbe la discriminación injusta.

País: Malawi

Tribunal de Relaciones Laborales de Malawi, *Banda v. Lekha*, caso núm. IRC 277 de 2004, sentencia de 1.º de junio de 2005

El Tribunal de Relaciones Laborales de Malawi se fundamentó tanto en el Convenio núm. 111 de la OIT como en la Carta Africana (ratificados por Malawi el 22 de marzo de 1965 y el 21 de octubre de 1986, respectivamente). El tribunal señaló que el artículo 20 de la Constitución de Malawi prohíbe la discriminación injusta, sin referirse específicamente a la discriminación como consecuencia del estado serológico respecto del VIH. Al sostener que la protección contra la discriminación como consecuencia del estado serológico respecto del VIH debía estar implícita en el artículo 20, el Tribunal citó las obligaciones derivadas de la Carta Africana y el Convenio núm. 111 de la OIT de promulgar una legislación protectora y formular políticas nacionales que hicieran efectivos los derechos fundamentales consagrados en la Carta y el Convenio. En su fallo, el Tribunal también citó la política nacional de Malawi sobre el sida, que «tiene por objeto garantizar que todas las personas afectadas o infectadas por el VIH están igualmente protegidas por la ley».

Organización de los Estados Americanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) prohíbe la discriminación relacionada con el VIH.

País: El Salvador

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros v. El Salvador*, caso núm. 12.249, informe núm. 27/09 de 20 de marzo de 2009

La Comisión citó el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que «todas las personas son iguales ante la ley [y que] en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». La Comisión señaló que el artículo 1(1) de la Convención establece además la obligación de respetar los derechos de todas las personas y de garantizar su libre y pleno ejercicio «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». En función de esto, la Comisión sostuvo que las disposiciones de la Convención contra la discriminación abarcan la protección contra la discriminación a causa del estado serológico respecto del VIH.

En 2013 la Organización de los Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación e intolerancia. La nueva Convención prohíbe explícitamente la discriminación como consecuencia de una serie de motivos relacionados con el VIH, incluida la orientación sexual,

la identidad o expresión de género, el estado infeccioso o contagioso, o a causa de cualquier otra condición³³.

Organización de los Estados Americanos

Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013), artículo 1.1, segundo párrafo

«La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.»

Directrices subregionales

Los tribunales nacionales también han recurrido a directrices subregionales para hacer frente a los casos donde se alega discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo³⁴. Por ejemplo, el Código de Conducta sobre el VIH/SIDA en el Empleo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC) prohíbe explícitamente la discriminación en el empleo a causa del estado serológico respecto del VIH³⁵.

Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), *Código de Conducta sobre el VIH/SIDA en el Empleo (1997)*, sección 4

«El estado serológico respecto del VIH no debe ser un factor que incida en la condición laboral, los ascensos o las transferencias. Cualquier cambio en la situación laboral debe fundarse en los actuales criterios de igualdad de oportunidad, mérito y capacidad para realizar el trabajo de manera satisfactoria.»

³³ La Organización de los Estados Americanos (OEA) también aprobó en 2013 la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

³⁴ Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, véase *Gary Shane Allpass v. Mooikloof Estates (Pty) Ltd*, caso núm. JS178/09, sentencia de 16 de febrero de 2011, párrafo 42.

³⁵ Al momento de escribir este documento, el Código de la SADC se encuentra en revisión.

Puntos de discusión

1. ¿Cuáles elementos presentes en los tratados internacionales de derechos humanos consideraría relevantes en la resolución de un caso de discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo?
2. ¿Existen instrumentos regionales aplicables en su jurisdicción que sean pertinentes al VIH y el sida?
3. ¿Puede referirse a –o ya ha hecho uso de– instrumentos internacionales o regionales en casos nacionales relativos a la discriminación relacionada con el VIH?

Módulo 4: Resumen de la estructura de la OIT, las normas internacionales del trabajo y los mecanismos de supervisión

La OIT: su función y estructura

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada en 1919, a finales de la Primera Guerra Mundial, como parte del Tratado de Versalles. Se convirtió en un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas en 1946 y actualmente cuenta con 186 Estados Miembros. Es el organismo de las Naciones Unidas responsable del mundo del trabajo y su objetivo principal es promover el trabajo decente para todos, basándose en los principios de justicia social e igualdad.

La OIT tiene una singular estructura tripartita que reúne a representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores para enfrentar las cuestiones relacionadas con el trabajo y las políticas sociales. Es el único organismo internacional en el sistema de las Naciones Unidas en el que organizaciones de empleadores y de trabajadores de la sociedad civil, junto con los gobiernos participan en la toma de decisiones, incluso en el desarrollo y la adopción de normas internacionales del trabajo³⁶.

Las normas internacionales del trabajo proporcionan una protección mínima en una serie de áreas relacionadas con el lugar de trabajo y la protección social³⁷. Las normas de la OIT se han incorporado, en su totalidad o en parte, en la legislación laboral y de derechos humanos en todo el mundo.

³⁶ Tanto el Consejo de Administración como la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT son tripartitos. El cometido se lleva a cabo mediante un proceso de diálogo social en el que participan representantes de los gobiernos y de organizaciones de empleadores y de trabajadores. Todos los interlocutores tripartitos gozan del derecho constitucional al voto, inclusive en votaciones para la adopción de normas internacionales del trabajo.

³⁷ Para obtener información más completa de la historia y del cometido de la OIT, véase: G. Rodgers, E. Lee, L. Swepston y J. van Daele, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009* (OIT, Ginebra, 2009).

¿Cuáles formas asumen las normas internacionales del trabajo?

Las normas internacionales del trabajo asumen una de las siguientes dos formas:

- **Convenios**, que son tratados internacionales que pueden ser ratificados por los Estados Miembros de la OIT y que, en consecuencia, se convierten en jurídicamente vinculantes; o
- **Recomendaciones**, que actúan como normas no vinculantes que no son sujetas a ratificación. En muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa el convenio y proporciona directrices más detalladas sobre la forma en que se podría aplicar³⁸. Las recomendaciones también pueden ser autónomas, es decir, no estar vinculadas a un convenio, como es el caso de la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), y la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202).

Los convenios y las recomendaciones son una fuente importante de inspiración e interpretación tanto para el legislador nacional como para el poder judicial.

Las obligaciones de los Estados Miembros en relación con las normas internacionales del trabajo

En virtud del artículo 19 de la Constitución de la OIT, una vez que se adopta una norma internacional del trabajo, los Estados Miembros están obligados a presentar la norma ante las autoridades nacionales competentes (normalmente la Asamblea Legislativa) para su consideración. En el caso de los convenios, la presentación comporta que la autoridad competente revisará el instrumento con miras a su ratificación, y que considerará si, y en qué medida, el convenio se debe incorporar en la legislación y la práctica nacionales, inclusive en ausencia de ratificación.

Al ratificar un convenio, los Estados Miembros se comprometen a aplicar sus disposiciones tanto en la legislación como en la práctica nacional y a informar sobre su implementación a intervalos regulares. Cuando se ratifica un convenio de la OIT, cumplir con sus obligaciones se convierte en responsabilidad del Estado en su conjunto, incluido el poder judicial. Se pueden entablar procedimientos especiales de denuncia y demanda contra países por violaciones de un convenio que hayan ratificado. En el caso de las recomendaciones, la Asamblea Legislativa podrá decidir si adopta todas o algunas de las medidas del instrumento como políticas o legislación nacional. Si se le solicita, la OIT puede brindar a los Estados Miembros asistencia técnica durante este proceso.

³⁸ Un ejemplo de un convenio acompañado de una recomendación relacionada es el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), que es complementado con la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Convenios fundamentales de la OIT

La OIT ha identificado ocho convenios como fundamentales. Estos abarcan cuatro áreas que conforman los principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios están reunidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). De conformidad con la Declaración, todos los Estados Miembros de la OIT tienen la obligación de trabajar por hacer realidad estos principios fundamentales, a raíz del hecho mismo de su pertenencia a la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios pertinentes.

Los ocho convenios fundamentales de la OIT

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Convenios de gobernanza

La OIT también ha designado otros cuatro convenios como instrumentos de gobernanza, por lo que alienta a los Estados Miembros a ratificarlos y aplicarlos, en razón de su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa (2008) identificó estas normas como las más importantes desde el punto de vista de la gobernanza.

Los cuatro convenios de gobernanza de la OIT

- Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)
- Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)
- Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)
- Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)

Convenios técnicos

Desde su fundación en 1919 la OIT ha adoptado alrededor de 200 convenios y recomendaciones relativos a todos los aspectos del mundo del trabajo. Además de los convenios fundamentales y los de gobernanza antes mencionados, existen numerosos convenios denominados técnicos, dedicados, entre otras cosas, a la promoción del empleo, la orientación y la formación profesional, los salarios, el horario de trabajo, la salud y la seguridad ocupacional, la seguridad social, la protección de la maternidad, la política social, los trabajadores migrantes, navegantes, pescadores, trabajadores de muelles y los pueblos indígenas y tribales.

Las normas internacionales del trabajo pertinentes al VIH y el sida

La única norma internacional del trabajo dedicada al tema del VIH y el sida es la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200). Los principios fundamentales de esta Recomendación se presentan en el módulo 5.

Los principios de esta Recomendación se fundan en una variedad de normas internacionales del trabajo y en otros instrumentos internacionales, algunos de ellos se mencionan directamente en la Recomendación (en el apéndice 2 del CD-ROM adjunto se incluye una lista de las normas de la OIT pertinentes.)

Muchas de estas normas internacionales del trabajo han sido extensamente ratificadas e incorporadas, en su totalidad o en parte, en el derecho interno de los Estados Miembros de la OIT. Estas normas abarcan diversos aspectos de la respuesta al VIH en el lugar de trabajo y se comentarán con mayor detalle en las secciones pertinentes. Por ejemplo, las discusiones sobre la discriminación se referirán explícitamente al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Otros instrumentos de la OIT

Declaraciones

Si bien no se mencionan expresamente en la Constitución de la OIT, tanto la Conferencia Internacional del Trabajo como el Consejo de Administración de la OIT han adoptado declaraciones. Como regla general, las declaraciones se adoptan a fin de destacar o reiterar uno o más de los principios fundamentales de la OIT.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998

Tomando como referencia a la Constitución de la OIT, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo identifica cuatro categorías de principios y derechos reconocidos como fundamentales, establecidos en ocho convenios fundamentales de la OIT. Todos los Estados Miembros –en función de la aceptación del contenido de la Constitución, que se deriva de su pertenencia a la Organización– se comprometen a respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, independientemente de si han ratificado o no los convenios en cuestión.

Resoluciones

Las resoluciones son instrumentos no vinculantes adoptados por la Conferencia para expresar sus puntos de vista sobre un asunto en particular. Cuando se refieren a un tema cubierto por un convenio, las resoluciones pueden ofrecer orientación en la interpretación del significado de las disposiciones de un convenio en particular. Por ejemplo, los órganos de control de la OIT utilizan las resoluciones en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación como apoyo para supervisar el cumplimiento, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones en virtud de los convenios pertinentes³⁹. Las resoluciones también han sido adoptadas conjuntamente con normas internacionales del trabajo para proporcionar orientación a los Estados Miembros y para promover su ejecución⁴⁰.

Conferencia Internacional del Trabajo, *Resolución relativa a la promoción y la aplicación de la Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo*, 2010 (núm. 200), resolución II, 99.ª reunión, 16 de junio de 2010

Una resolución relativa a la promoción y la aplicación de la Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010 (núm. 200), fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2010 para promover la aplicación efectiva de dicha Recomendación, aprobada por un voto de mayoría del 99,6 por ciento de los delegados de la Conferencia.

Repertorios de recomendaciones prácticas

La OIT ha elaborado y aprobado una serie de repertorios de recomendaciones prácticas. Estos son instrumentos técnicos elaborados durante las reuniones de los

³⁹ Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, de 1985.

⁴⁰ Por ejemplo, véanse las resoluciones adoptadas conjuntamente con el Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

expertos que representan a los empleadores, los trabajadores y los gobiernos, y que son posteriormente aprobados por el Consejo de Administración de la OIT. La OIT ha desarrollado repertorios de recomendaciones prácticas en una variedad de temas, principalmente en diferentes aspectos de la seguridad y salud en el trabajo.

Los tres repertorios de recomendaciones prácticas de la OIT relativos al VIH y el sida en el trabajo son:

- *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, de 2001
- *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo*, de 2002
- *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores*, de 1997

Si bien los repertorios de recomendaciones prácticas no son legalmente vinculantes, al citar sus disposiciones como referencias útiles los tribunales nacionales les han otorgado un peso importante.

Sudáfrica

Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *PFG Building Glass (Pty) Ltd. v. Chemical Engineering Pulp Paper Wood & Allied Workers Union y otros*, caso núm. J90/03, sentencia de 28 de marzo de 2003 (publicado en *Industrial Law Journal*, vol. 24, mayo de 2003, págs. 974-999), párrafos 77 y 78

«Si bien el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* no es vinculante para el Tribunal de Trabajo, es altamente positivo señalar que, en cuanto instrumento internacional, hace eco de algunas de las disposiciones importantes de nuestra legislación. Sus principios fundamentales incluyen el reconocimiento de que el VIH/SIDA es una cuestión laboral, la promoción de la no discriminación de los trabajadores sobre la base de su estado serológico respecto del VIH real o supuesto, la prohibición de las pruebas de VIH en el momento de la contratación o como condición para la continuidad del empleo, la prohibición de pruebas obligatorias de VIH, las recomendaciones sobre las condiciones para las pruebas voluntarias a petición de los empleados y el cumplimiento de los estrictos requisitos de confidencialidad y de divulgación.

[...]

El *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores* (1997) también contiene importantes recomendaciones acerca de las pruebas del VIH. Propugna el principio general de que los datos personales deben, entre otras cosas, procesarse de manera justa y legal, y sólo por motivos directamente relacionados con el empleo del trabajador, y que se utilizarán de modo exclusivo para los objetivos originales para los que fueron recopilados. Los empleadores deben evaluar periódicamente sus prácticas de procesamiento de datos a fin de mejorar la manera en que se protege la privacidad de los trabajadores [...].»

El sistema de control de la OIT

La OIT supervisa la aplicación de las normas internacionales del trabajo mediante sus regulares y especiales mecanismos de control. Dicho procedimiento consta de los siguientes dos órganos de control:

- La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) estudia los informes periódicos sobre los convenios ratificados presentados por los Estados Miembros de la OIT.
- La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (Comisión de la Conferencia) estudia y analiza los informes de la CEACR, centrándose en casos específicos (véase más adelante).

La Constitución de la OIT también prevé dos procedimientos especiales que se pueden invocar en caso de incumplimiento de un convenio ratificado por parte de un Estado Miembro de la OIT: el procedimiento de reclamación (en virtud del artículo 24 de la Constitución) y el procedimiento de quejas (en virtud del artículo 26 de la Constitución). También existe un mecanismo especial, el Comité de Libertad Sindical (CLS), encargado de estudiar las demandas relativas a violaciones de la libertad sindical, independientemente de si el país en cuestión ha ratificado los convenios pertinentes.

Este manual se centra en el sistema de control regular, dado que esta es la fuente más importante de información para los jueces y profesionales del derecho a cargo de asuntos relacionados con el VIH y el sida.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

El sistema de control regular se basa en un mecanismo de información establecido en la Constitución de la OIT que prevé un intercambio de información sistemático y periódico y un diálogo continuo entre los órganos de control y los mandantes de la OIT en relación con la aplicación de las normas⁴¹.

La CEACR se compone de 20 expertos independientes que se reúnen una vez al año para estudiar y comentar acerca de la información proporcionada a la OIT en el marco de su sistema de notificaciones. El mecanismo de notificaciones se basa en los artículos 22 y 23 de la Constitución de la OIT. Una vez que un Estado Miembro ha ratificado un convenio de la OIT, queda obligado en virtud del artículo 22 de informar periódicamente acerca de las medidas adoptadas para implementarlo. Los Estados deben entregar copias de sus memorias a las organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores, a fin de que ellos también puedan hacer comentarios en el informe o directamente a la CEACR.

⁴¹ Para obtener una explicación detallada de los procedimientos y mecanismos de control de la OIT, véase: OIT, *Rules of the Game: a brief introduction to International Labour Standards*, edición revisada (Ginebra, 2009). Véase también OIT, *Handbook on procedures relating to international labour standards*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (Ginebra, 2012).

El artículo 19 de la Constitución de la OIT también establece que a los Estados Miembros se les podrá solicitar que informen periódicamente sobre la aplicación, en sus leyes y prácticas, de los principios establecidos en un convenio o una recomendación (independientemente de si el convenio ha sido ratificado por el Estado Miembro en particular)⁴².

El informe de la CEACR se publica anualmente y se presenta ante la Comisión de la Conferencia de la OIT, que se reúne en junio de cada año. El informe permanece disponible en línea en el sitio web de la OIT (www.ilo.org), y puede proporcionar orientación a las autoridades judiciales nacionales y a los profesionales del derecho en materia de VIH y sida.

Al examinar la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la CEACR efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre cuestiones técnicas fundamentales que hayan surgido en el marco de la aplicación de un determinado convenio por un Estado. Las observaciones se publican en el informe anual de la CEACR. Las solicitudes directas se refieren a cuestiones técnicas menores o solicitudes de información adicional. No se publican en el informe anual, sino que se comunican directamente a los gobiernos interesados y están disponibles en el sitio web de la OIT.

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia

El informe de la CEACR se presenta ante la Conferencia Internacional del Trabajo cada mes de junio, donde es examinada por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. La Comisión tripartita de la Conferencia se compone de delegados de gobiernos, empleadores y trabajadores.

Cuando la Comisión de la Conferencia examina el informe de la CEACR, selecciona una serie de observaciones (también conocidos como casos) para discusión. Se invita a los gobiernos interesados a comparecer ante la Comisión de la Conferencia y participen en un diálogo en el que pueden ser reconocidos por ciertas medidas que hayan adoptado, o en el que se les solicitará proporcionar información adicional y tomar medidas adicionales o específicas. En muchos casos, la Comisión de la Conferencia formula conclusiones en las que recomienda a los gobiernos a adoptar medidas específicas para remediar un problema. Las discusiones y conclusiones en relación con los casos examinados por la Comisión de la Conferencia se publican en su informe. Las situaciones de especial preocupación también se resaltan en párrafos especiales del informe general de la Comisión.

⁴² Véase también A. Trebilcock, *The Implementation of International Labour Law*, United Nations Audiovisual Library of International Law, Lecture Series, video disponible en línea en http://legal.un.org/avl/lis/Trebilcock_ILL.html.

Las referencias al VIH y el sida por parte de los órganos de control de la OIT

Los órganos de control de la OIT han venido haciendo referencia al impacto de la epidemia de VIH en el mundo del trabajo desde 1990. En *Dar un rostro humano a la globalización* (Estudio General de 2012)⁴³, la CEACR señaló el creciente número de países que han incluido el estado serológico respecto del VIH en su legislación y sus políticas como motivo ilegal de discriminación. Citando la Recomendación núm. 200, la CEACR señaló que las leyes y políticas nacionales deben incluir disposiciones para la protección contra la discriminación y el estigma a causa del estado serológico respecto del VIH, real y supuesto, con el fin de proteger a las personas discriminadas en función de estereotipos.

Los comentarios de la CEACR y la Comisión de la Conferencia ofrecen una guía útil para interpretar los derechos relacionados con el VIH en virtud de los convenios pertinentes. En cumplimiento del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), la CEACR se ha manifestado favorablemente acerca de la adopción de leyes y normativas nacionales que establecen el estado serológico respecto del VIH como motivo ilegal de discriminación, y sobre la creación de autoridades nacionales en asuntos relativos al sida o la adopción de políticas o estrategias nacionales sobre el VIH y el sida. Mediante su diálogo permanente con los Estados Miembros de la OIT, la CEACR les ha solicitado a varios gobiernos información estadística relativa al número de demandas por discriminación presentadas en relación con el VIH, así como información sobre otras medidas adoptadas o previstas para reducir la discriminación y las desigualdades en el empleo relacionadas con el VIH. La CEACR también ha examinado la cuestión de la discriminación relacionada con el VIH en el contexto del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), y concluyó que la denegación de entrada o de repatriación de los trabajadores migratorios en razón de que el trabajador sea VIH-positivo «constituiría una forma inaceptable de discriminación y es contraria al Convenio».

En virtud del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), la CEACR ha señalado las medidas adoptadas por los gobiernos para garantizar la asistencia escolar de los huérfanos del sida, así como las acciones que se centran en los niños huérfanos y víctimas en los países donde las tasas de infección por el VIH son altas. En virtud del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), la CEACR ha advertido sobre el gravísimo problema de la explotación sexual de los niños, señalando que el tráfico de personas aumenta la vulnerabilidad a la infección del VIH.

⁴³ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización: Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Informe III (Parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión (Ginebra, 2012), párrafos 810-812.

La Comisión de la Conferencia también ha discutido los casos relacionados con el VIH y el sida. Por ejemplo, en la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2008 la Comisión estudió un caso en la República Dominicana concerniente a la supuesta práctica de los empleadores de imponer pruebas obligatorias de detección del VIH como requisito para el acceso al empleo.

Puntos de discusión

1. ¿Cuáles convenios de la OIT han sido ratificados por su país? ¿Su país ha ratificado alguno de los convenios fundamentales o de gobernanza de la OIT? Si es así, ¿cuáles de los que ha ratificado podrían ser relevantes para el tema del VIH y el sida?
2. ¿Los tribunales de su país han hecho uso de las normas internacionales del trabajo en las decisiones nacionales?
3. ¿Considera que la legislación de su país aplica plenamente los principios de los convenios fundamentales de la OIT? ¿Por qué, o por qué no?

Módulo 5: Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)

La Recomendación núm. 200 amplía el exitoso desarrollo e implementación del *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* (2001). El repertorio de recomendaciones es un conjunto de directrices elaboradas por un grupo tripartito de expertos en VIH y sida y adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT en junio de 2001⁴⁴.

El repertorio de recomendaciones se ha difundido ampliamente y ha sido citado por los tribunales nacionales en una variedad de casos de discriminación en el empleo relacionada con el VIH⁴⁵. Sigue siendo una valiosa fuente de orientación para el desarrollo y la implementación de políticas y programas relativos al VIH y al sida en el mundo del trabajo.

Basándose en la exitosa implementación del repertorio, el Consejo de Administración de la OIT decidió, en su 298.ª reunión,

Repertorio de recomendaciones
prácticas de la OIT sobre
el VIH/SIDA
y el mundo del trabajo



Oficina Internacional del Trabajo
Ginebra

⁴⁴ El grupo tripartito se convocó de conformidad con la Resolución relativa al VIH/SIDA y el mundo del trabajo adoptada el 13 de junio de 2000 en la 88.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, South African Labour Court, *Joy Mining Machinery (Harnischfeger) (SA) (Pty) Ltd v. National Union of Metalworkers of SA y otros*, caso núm. J 158/02, sentencia de 31 de enero de 2002.

celebrada en marzo de 2007, que era necesario adoptar una norma internacional del trabajo relativa al VIH y el sida y el mundo del trabajo. Esta decisión se tomó para aumentar la atención prestada a este tema en ámbitos nacionales e internacionales, para promover una acción concertada entre los actores nacionales e internacionales clave en relación con el VIH y el sida, y para aumentar el impacto del Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT al incluir los avances científicos en el campo del VIH y el sida en la década posterior a su adopción⁴⁶. El proceso de normalización de tres años⁴⁷ establecido en virtud del artículo 19 de la Constitución de la OIT culminó con la adopción de la primera norma internacional del trabajo centrada en la protección de los derechos humanos fundamentales en el trabajo en relación con el VIH y el sida⁴⁸.

Los principios fundamentales en materia de derechos humanos contenidos en la Recomendación se derivan de una serie de convenios y recomendaciones de la OIT, así como de otros instrumentos internacionales, a algunos de los cuales se hace referencia directamente en el instrumento. Este módulo proporcionará una reseña de estos principios fundamentales.

La Recomendación núm. 200 y su contribución a la respuesta al VIH

La Recomendación núm. 200 fue debatida y adoptada en la 99.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2010), con la participación activa de los gobiernos, los representantes de organizaciones de empleadores y de trabajadores de todo el mundo, y por representantes de organizaciones de personas que viven con el VIH. En las discusiones también participaron otros organismos de las Naciones Unidas, en particular el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Esta Recomendación es la primera norma internacional del trabajo que explícitamente establece la protección de los derechos humanos en el trabajo en el

⁴⁶ Por ejemplo, cuando el Repertorio de recomendaciones prácticas fue aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en 2001, las opciones de tratamiento eran mucho más limitadas de lo que son actualmente.

⁴⁷ Sobre el trabajo de preparación, consulte: OIT: *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión (Ginebra, 2009); OIT: *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Informe IV (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión (Ginebra, 2009); OIT: *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión (Ginebra, 2010); OIT: *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Informe V (2A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión (Ginebra, 2010); OIT: *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Informe V (2B), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión (Ginebra, 2010).

⁴⁸ Véase A. Trebilcock, *The Development of International Labour Law*, United Nations Audiovisual Library of International Law, Lecture Series, video disponible en línea en http://legal.un.org/avl/lst/Trebilcock_ILL.html.

contexto del VIH y el sida. Las piedras angulares de la Recomendación son los principios de igualdad de género y de no discriminación en el empleo y la ocupación.

El preámbulo de la Recomendación reconoce que el VIH y el sida tienen un grave impacto en la sociedad y en todos los sectores de la economía, y que socavan la oportunidad de alcanzar el trabajo decente y el desarrollo sostenible. Resalta que la pobreza, las desigualdades sociales y económicas y el desempleo aumentan el riesgo de transmisión del VIH al impedir el acceso a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo. El preámbulo señala además que el estigma y la discriminación contra las personas infectadas o afectadas por el VIH o el sida, y la amenaza de perder el empleo constituyen barreras para que las personas quieran conocer su propio estado serológico.

La Recomendación establece principios fundamentales para la prevención de la transmisión del VIH y para la mitigación de su impacto en el lugar de trabajo. Exhorta a los gobiernos, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, las organizaciones de personas que viven con el VIH y otros grupos interesados, como el sector de la salud, a que tomen medidas para: prevenir el estigma y la discriminación relacionados con el VIH; prevenir nuevas infecciones; proveer acceso a tratamiento, atención y apoyo; y garantizar que los lugares de trabajo sean seguros y saludables para todos los trabajadores; así como un acceso igualitario a las prestaciones relacionadas con el empleo, tales como seguros y regímenes de seguridad social. Al señalar que el VIH y el sida tienen un impacto más severo en los grupos vulnerables y en situación de riesgo, la Recomendación resalta con especial énfasis la necesidad de que los servicios relacionados con el VIH alcancen a las personas pertenecientes a estos grupos.

Alcance de la Recomendación núm. 200

Esta Recomendación tiene el objetivo de obtener el mayor alcance posible, que abarque todos los lugares de trabajo y a todos los trabajadores en todas las fases de la relación laboral. Comprende todos los tipos de trabajo, dondequiera que se realice, en entornos tanto formales como informales, y define al trabajador como «toda persona que realiza cualquier forma o modalidad de trabajo».

La Recomendación se aplica a la selección y el reclutamiento previos a la contratación, y a todos los aspectos de la relación laboral:

Párrafo 2 de la Recomendación núm. 200

«La presente Recomendación se aplica a:

- a) todos los trabajadores que trabajan con arreglo a cualquier modalidad o régimen laboral, y en todos los lugares de trabajo, con inclusión de:
 - i) las personas que ejercen cualquier empleo u ocupación;
 - ii) las personas que reciben formación, incluidos los pasantes y los aprendices;



- iii) los voluntarios;
- iv) las personas que buscan un empleo y los solicitantes de empleo, y
- v) los trabajadores suspendidos de manera temporal por diversas razones;
- b) todos los sectores de actividad económica, con inclusión de los sectores privado y público, y de las economías formal e informal, y
- c) las fuerzas armadas y los servicios uniformados.»

Políticas y programas nacionales para los lugares de trabajo

La Recomendación citada insta al desarrollo, la adopción y la aplicación y seguimiento efectivos de políticas y programas de trabajo tripartitos a escala nacional. Estos deben incorporar los principios fundamentales de derechos humanos y permitir el acceso a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo asociados al VIH en el mundo del trabajo (véanse los párrafos 4 a 7 de la Recomendación).

Las autoridades judiciales nacionales han recomendado el desarrollo de políticas sobre VIH y sida en el lugar de trabajo como parte de la reparación otorgada como consecuencia de violaciones de los derechos laborales.

País: Canadá

Tribunal Canadiense de Derechos Humanos, *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.*, caso núm. TD 14/89, sentencia de 27 de octubre de 1989

Fontaine fue contratado como cocinero para el personal de un ferrocarril. Su supervisor y sus compañeros de trabajo reaccionaron negativamente cuando se reveló que era VIH-positivo. El tribunal consideró que la revelación se tradujo en discriminación, y esta condujo a su renuncia forzada. El tribunal señaló que los compañeros de trabajo tenían escasos conocimientos sobre el VIH y los modos de transmisión. El tribunal también señaló que el hecho de que el empleador «no hubiera implementado una política expresa y clara sobre el sida en el lugar de trabajo significa que los empleados [...] se han visto obligados a hacer frente a estas situaciones a partir de sus propias y falsas ideas». El tribunal le ordenó al empleador que «desarrollara y difundiera entre sus empleados una política escrita contra la discriminación de las personas con sida o infectadas por el VIH, a fin de educar a su personal y evitar los miedos irracionales que pueden surgir en estas circunstancias».

Principios clave

El párrafo 3 de la Recomendación núm. 200 establece los siguientes principios generales:

- Se debería reconocer que la respuesta al VIH y el sida contribuye a la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la igualdad de género para todos.

- El VIH y el sida deberían reconocerse y tratarse como una cuestión relativa al lugar de trabajo, que debería ser uno de los elementos esenciales de la respuesta nacional, regional e internacional a la pandemia con la plena participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.
- No debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo, por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH. Además, no debería existir ninguna discriminación indirecta basada en estereotipos relativos a personas provenientes de regiones del mundo supuestamente expuestas a un mayor riesgo de infección por el VIH, o a personas de grupos supuestamente más vulnerables a ser infectados por el VIH.
- La prevención de nuevas infecciones por VIH debería ser una prioridad fundamental en todas las respuestas en los lugares de trabajo.
- Los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo deberían tener acceso a servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y el sida, y poder beneficiarse de los mismos, y el lugar de trabajo debería desempeñar una función facilitando el acceso a esos servicios.
- Se debería reconocer y reforzar la participación y el compromiso de los trabajadores en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de nivel nacional y del lugar del trabajo.
- Los trabajadores deberían beneficiarse de programas destinados a prevenir los riesgos específicos de transmisión del VIH relacionados con el trabajo y de las enfermedades transmisibles conexas, tales como la tuberculosis.
- Los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo deberían gozar de la protección de su vida privada, incluida la confidencialidad en relación con el VIH y el sida, en particular por lo que se refiere a su propio estado serológico respecto del VIH.
- No se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH.
- Las medidas relacionadas con el VIH y el sida en el mundo del trabajo deberían formar parte de las políticas y programas nacionales de desarrollo, incluidos los relacionados con el trabajo, la educación, la protección social y la salud.
- Se deberían adoptar medidas para proteger a los trabajadores en ocupaciones particularmente expuestas al riesgo de transmisión del VIH.

Este módulo profundiza en ciertos principios fundamentales de especial importancia para los jueces y profesionales del derecho.

La no discriminación

El principio de no discriminación es una piedra angular de la respuesta al VIH; incluye la estigmatización y la discriminación relacionadas con el VIH. La

Recomendación citada abarca la discriminación en la ley y en la práctica, directa o indirecta (véanse el apartado *e*) del párrafo 1; los apartados *a*) y *c*) del párrafo 3, y los párrafos 9 a 14). El instrumento exige medidas de protección contra todas las formas de discriminación en el empleo basada en el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH. Estas incluyen la negación de acceso al empleo o a una ocupación específica; divulgación forzosa o violaciones de confidencialidad respecto del estado serológico; pruebas obligatorias de detección del VIH o selección en función de ellas; exclusión de los beneficios relacionados con el empleo, como la negación de acceso a los planes de salud y seguros en el trabajo, y despido injustificado.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

El artículo 1 define la discriminación como:

«*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».

Discriminación directa e indirecta

Fuente: OIT: *Dar un rostro humano a la globalización*, Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, Informe III (Parte 1B), Ginebra, 2012, párrafos 744 y 745.

«[...] La discriminación directa ocurre cuando se brinda un trato menos favorable, explícita o implícitamente, en razón de uno o más motivos de discriminación prohibidos. Este tipo de discriminación comprende toda forma de acoso, incluido el acoso sexual [...]

La discriminación indirecta se refiere a situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo. Por lo que respecta al «efecto» de una distinción, exclusión o preferencia, resulta claro que la intención de discriminar no es un elemento de la definición del Convenio, el cual abarca toda forma de discriminación, independientemente de la intención de quien cometa el



acto discriminatorio. El Convenio también abarca situaciones en las que se observan desigualdades sin que exista un agente claramente identificable, como sucede en algunos casos de discriminación indirecta o segregación profesional por motivos de género. Por consiguiente, es necesario tratar los problemas relativos a la discriminación estructural en el marco del Convenio.»

La Recomendación núm. 200 incluye explícitamente el estado serológico respecto del VIH percibido como un motivo protegido, a fin de proteger a los trabajadores contra la discriminación relacionada con el VIH basada en estereotipos⁴⁹. Por ejemplo, un trabajador podría ser discriminado al ser percibido como homosexual y con mayor riesgo de infección por el VIH, pero podría tratarse de una persona heterosexual y VIH-negativa.

Dicha Recomendación pide adoptar medidas para proteger a grupos específicos contra la discriminación, al establecer que «no debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores [...] por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH o por su pertenencia a regiones del mundo o a grupos de la población supuestamente expuestos a un mayor riesgo de infección por el VIH o más vulnerables a ella». Esta disposición provee protección contra la discriminación basada en estereotipos, e incluye a grupos clave como los hombres que tienen sexo con hombres, trabajadores sexuales o usuarios de drogas inyectables⁵⁰.

El párrafo 10 de la Recomendación citada estipula que el estado serológico, real o supuesto, no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Invita a los Estados a que consideren ofrecer una protección igual a la disponible en virtud del Convenio núm. 111. El párrafo 12 insta a los Estados a proveer una protección eficaz contra la discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo y a velar por su aplicación efectiva y transparente.

La Recomendación dispone explícitamente que el estado serológico respecto del VIH, real o supuesto, no debería ser un motivo para terminar una relación laboral (párrafo 11). Además, estipula que no debe existir discriminación en relación con los términos y las condiciones de empleo, incluidas las prestaciones relacionadas con el empleo. El párrafo 20 de la Recomendación establece que no debe haber discriminación de los trabajadores o de sus personas a su cargo en función del estado serológico real o supuesto respecto del VIH en el acceso a los sistemas de seguridad social y los planes de seguro profesional, ni en relación con los beneficios obtenidos bajo dichos planes, incluyendo la atención médica, por discapacidad, o muerte y prestaciones a sobrevivientes.

⁴⁹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 811.

⁵⁰ *Ibid.*

Igualdad de género

La Recomendación núm. 200 reconoce que las mujeres y las niñas están en mayor riesgo y son más vulnerables a la infección por el VIH que los hombres y los niños, y que se ven desproporcionadamente afectadas por el VIH o el sida como consecuencia de la desigualdad de género (preámbulo). El párrafo 14 atiende las dimensiones de género de la epidemia y exhorta a adoptar medidas en el lugar de trabajo para reducir la transmisión del VIH y mitigar su impacto, al garantizar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, al prevenir y prohibir el acoso y la violencia en el trabajo y al promover la participación activa de las mujeres y los hombres en la respuesta al VIH. (El tema de la igualdad de género se analiza con más detalle en el módulo 8.)

Pruebas, privacidad y confidencialidad

Un principio clave, interrelacionado con el principio de no discriminación, es el de la confidencialidad de los datos personales relacionados con el VIH, incluidos los datos médicos relativos al estado serológico respecto del VIH. El derecho a la confidencialidad se extiende a los trabajadores, sus familias y personas a su cargo (el párrafo 3, apartados *h*) e *i*), y los párrafos 25 a 27).

La Recomendación establece que a ningún trabajador se le debe exigir revelar su estado serológico respecto del VIH, ni el de ninguna otra persona (párrafo 3, apartado *i*). En el caso particular de los trabajadores migrantes, los países de origen, de tránsito o de destino no deben exigirles a los trabajadores revelar información relacionada con el VIH, acerca sí mismos o de otras personas (párrafo 27).

Todo acceso a la información relacionada con el VIH debe regirse por normas de confidencialidad conformes con el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, 1997, y otras normas de protección de datos internacionales pertinentes (párrafo 27).

Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT: *Protección de los datos personales de los trabajadores (1997)*

«5.11. Los empleadores, los trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política de empresa que respete la vida privada de los trabajadores, con arreglo a los principios enunciados en el presente repertorio.

5.12. Todas las personas tales como los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos personales de los trabajadores deberían tener una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas y el ejercicio de los principios enunciados en el presente repertorio.

5.13. Los trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada.»

No se les debe obligar a los trabajadores –incluidos quienes solicitan trabajo– a someterse a pruebas obligatorias de detección del VIH ni a otras formas de selección basadas en el estado serológico respecto del VIH. Tampoco se les debe negar el acceso a los puestos de trabajo ni estar sujetos a consecuencias adversas si se niegan a someterse a las pruebas⁵¹.

La Recomendación núm. 200 alienta a los trabajadores a recibir asesoramiento y pruebas voluntarias y confidenciales sobre el VIH como un componente de los programas de prevención, a fin de que los trabajadores conozcan su estado serológico respecto del VIH. Sin embargo, la prueba del VIH debe ser realmente voluntaria no coercitiva, y debe ir acompañada de asesoramiento previo y posterior a la prueba. Por otra parte, la Recomendación hace hincapié en que los resultados de las pruebas del VIH deben ser confidenciales y no poner en peligro el acceso al trabajo, la permanencia, la seguridad del trabajo y las oportunidades de ascenso. A los trabajadores no se les debería pedir revelar su propio estado serológico respecto del VIH ni el de ninguna otra persona.

El derecho a continuar en el empleo

A las personas con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debe negar la posibilidad de continuar en el empleo, con ajustes razonables de ser necesario, durante el tiempo que estén médicamente aptos para llevar a cabo las tareas inherentes al puesto de trabajo. El párrafo 13 también fomenta las medidas para reasignar a esas personas a tareas adaptadas a sus capacidades, encontrar otros trabajos mediante la capacitación o facilitar su regreso al trabajo.

El párrafo 1 de la Recomendación núm. 200 establece que:

«g) *ajustes razonables* designa toda modificación o ajuste de un empleo o del lugar de trabajo que sea razonablemente practicable y que permita que una persona que vive con el VIH o el sida tenga acceso a un empleo, o participe o pueda progresar en él».

Los *ajustes razonables* conllevan que los empleadores deben tratar de realizar ajustes en el lugar de trabajo o en las funciones asignadas al puesto. Esto puede tomar diferentes formas, tales como tiempo para las citas médicas, licencia por enfermedad prolongada, horarios menos extensos de trabajo o la reorganización del trabajo. Los ajustes razonables pueden adoptar muchas formas diferentes en función de las necesidades del individuo. Sin embargo, la noción de *ajuste razonable* significa que dichas medidas deben ajustarse al tamaño y las capacidades tanto de

⁵¹ Al adoptar la Recomendación, los delegados a la Conferencia Internacional del Trabajo acordaron que no debería haber ninguna excepción al principio general de que ningún trabajador debería verse obligado a someterse a las pruebas del VIH para efectos laborales.

los empleadores como de los trabajadores comprendidos. Si un ajuste es *razonable* se debe determinar caso por caso.

Los empleadores también deberían tomar en consideración el hecho de que aunque los trabajadores VIH-positivos pueden estar libres de síntomas la mayor parte del tiempo, pueden experimentar episodios de enfermedad que requieren periodos de ausencia, al igual que con cualquier otra enfermedad crónica. La Recomendación establece que cualquier ausencia del trabajo debido al VIH debe ser tratada de la misma manera que las ausencias por otras razones de salud, de conformidad con el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).

Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

Artículo 4

«No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.»

Artículo 6

«1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.»

El derecho a un lugar de trabajo seguro y libre de riesgos

La Recomendación núm. 200 afirma el principio establecido en el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155): el entorno de trabajo debe ser seguro y saludable para todos los trabajadores (párrafo 30). Señala que ciertas ocupaciones pueden exponer a los trabajadores a un mayor riesgo de transmisión del VIH o a enfermedades transmisibles relacionadas, como la tuberculosis, y exhorta a que a estos trabajadores se les debe proporcionar capacitación especial. El párrafo 23 establece que el sida y la infección por el VIH deben ser reconocidos como enfermedades o accidentes profesionales, si se puede establecer un vínculo directo entre una ocupación y el riesgo de infección por VIH⁵².

La Recomendación se basa en el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187), y otros instrumentos internacionales pertinentes, incluidos los documentos orientadores conjuntos de la Oficina Internacional del Trabajo y la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, también propone reducir el estigma y la discriminación relacionados con el VIH haciendo hincapié en que todas las medidas de sensibilización en el lugar de trabajo deben aclarar que el VIH no se transmite por contacto físico casual, y que la presencia de

⁵² El anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194), fue revisado en 2010 para incluir el VIH y la tuberculosis (TB).

una persona que vive con VIH no debe ser considerada como un peligro en lugar de trabajo (párrafo 33).

Diálogo social

El diálogo social es la piedra angular de las políticas y programas exitosos sobre el VIH y el sida en el lugar de trabajo, y este principio fundamental se refleja a lo largo de toda la Recomendación núm. 200 (el párrafo 3, apartado *f*), y los párrafos 6, 8 a 9, 17, 37 a 39, 41, 43 y 52). En particular, la citada Recomendación establece que las políticas y los programas sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo deben ser desarrollados, adoptados, aplicados eficazmente, evaluados y supervisados mediante un proceso de diálogo participativo que comprometa a los empleadores y los trabajadores y sus representantes, así como a las organizaciones de personas que viven con el VIH (un ejemplo de diálogo «tripartito plus»). Además, la Recomendación insta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores a promover la sensibilización sobre el VIH y el sida, con la inclusión de la prevención y la no discriminación, mediante la educación y la información otorgada a sus miembros.

La Recomendación núm. 200 establece que las políticas y los programas nacionales sobre el VIH y el sida deben fomentar el diálogo social, de conformidad con el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144). La Recomendación, tras reconocer la necesidad de una respuesta multisectorial al VIH y el sida en el lugar de trabajo, adopta un enfoque amplio que va más allá de la estructura tripartita tradicional. Estipula que en las respuestas nacionales al VIH y el sida deben participar una variedad de autoridades gubernamentales (por ejemplo, las autoridades gubernamentales deben incluir a representantes de los ministerios de trabajo, salud, juventud, mujeres, educación y otros), y que las organizaciones de empleadores y trabajadores de todos los sectores deben participar en este proceso. Además, el diálogo también debería incluir a todas las partes interesadas pertinentes, por ejemplo a las autoridades nacionales en materia de sida, la sociedad civil, organizaciones internacionales y todos los sectores pertinentes, incluido el sector de la salud.

Tratamiento y atención

La Recomendación establece que el lugar de trabajo debería cumplir la función de facilitar el acceso a los servicios relacionados con el VIH a los trabajadores que viven con VIH, sus familias y personas a su cargo. También deberían gozar de pleno acceso a la atención de salud, ya sea en el marco de sistemas de salud pública, de seguridad social, de regímenes de seguro privados o de otro tipo (párrafo 18). Existen casos en que los diferentes tipos de regímenes de seguros simplemente excluyen o bloquean a las personas VIH-positivas –o a aquellas personas que se consideran particularmente vulnerables a la infección por el VIH– de la financiación de la atención médica que les permitiría vivir más tiempo y mantener el bienestar de sí mismos y sus familias.

Apoyo

El principio de mantenimiento en el empleo con ajustes razonables de ser necesarios también se refleja en el párrafo 21 de la Recomendación núm. 200, que dispone lo siguiente:

Párrafo 21 de la Recomendación núm. 200

«Los programas de atención y apoyo deberían incluir medidas de ajustes razonables en el lugar de trabajo destinadas a las personas que viven con el VIH o con enfermedades relacionadas con el mismo, teniendo debidamente en cuenta las circunstancias nacionales. El trabajo debería organizarse de manera que se tengan en cuenta el carácter episódico del VIH y del sida, así como los posibles efectos secundarios del tratamiento.»

La Recomendación exhorta a los gobiernos a promover el mantenimiento en el empleo y la contratación de personas que viven con el VIH (párrafo 22). Asimismo, les insta a considerar la ampliación del apoyo mediante periodos de desempleo, que incluyan, en los casos necesarios, las oportunidades de generación de ingresos para las personas que viven con el VIH o afectadas por el VIH o el sida.

Implementación

La Recomendación se puede implementar mediante una combinación de medios, incluidas las leyes y regulaciones nacionales, los convenios colectivos, las políticas y programas nacionales tripartitos sobre el VIH y el sida, y las estrategias sectoriales. Hace un llamamiento a los jueces laborales y las autoridades administrativas laborales para que participen en la planificación y la implementación de las políticas y programas (párrafos 37 y 44).

Educación, capacitación, información y asesoramiento

Toda la información sobre la prevención del VIH debe ser proporcionada en una forma clara y accesible a todos los trabajadores. Los párrafos 8, 16, 32, y 40 a 43 de la Recomendación núm. 200 hacen hincapié en que la información sobre prevención y la educación se les debe proporcionar a todos los trabajadores, incluidos los directivos y supervisores, y que la capacitación debe tener en cuenta las características particulares de la fuerza de trabajo. Por ejemplo, la capacitación para el sector de transporte podría tomar en consideración las necesidades particulares de los conductores de camiones de larga distancia, debido a sus especiales condiciones de trabajo y los factores que pueden contribuir a su riesgo de contraer VIH.

Servicios públicos

La Recomendación núm. 200 hace un llamamiento a que las funciones de los jueces laborales y las autoridades administrativas de trabajo sean reexaminadas y reforzadas donde sea necesario (párrafos 37 y 44). Además, estipula que los sistemas públicos de salud deben ser fortalecidos para garantizar el acceso a los servicios relacionados con el VIH (párrafo 45).

Cooperación internacional

La Recomendación núm. 200 insta a mantener y aumentar la cooperación internacional, en particular en el contexto del Programa de ONUSIDA, para dar efecto a sus disposiciones (párrafos 46 a 50).

Se exhorta a los gobiernos a que cooperen mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, por medio de su participación en el sistema multilateral o por otros medios eficaces, con el objetivo de hacer efectiva la Recomendación, en particular en relación con los trabajadores migrantes, de modo que se garantice su acceso a los servicios relacionados con el VIH.

Se debería fomentar la cooperación internacional entre los gobiernos, sus estructuras nacionales en materia de VIH y sida y las organizaciones internacionales pertinentes, y se debería incluir el intercambio sistemático de información sobre todas las medidas adoptadas para responder al VIH.

Seguimiento

En el ámbito nacional, la Recomendación núm. 200 exhorta a los gobiernos a establecer un mecanismo apropiado, o utilizar uno ya existente, para dar seguimiento a las políticas nacionales sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo y su aplicación (párrafos 51 a 54). Las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas deberían participar, en pie de igualdad, en este mecanismo de seguimiento. También deberían tomarse en consideración las opiniones de las organizaciones que representan a las personas que viven con el VIH, así como los informes de expertos o los estudios técnicos.

Puntos de discusión

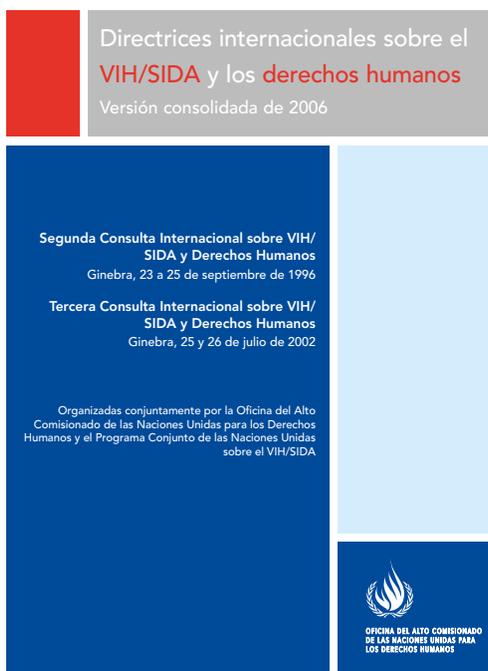
1. ¿Cómo enfrenta su legislación nacional la discriminación en el empleo basada en el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH?
2. ¿Qué medidas, si las hay, tendrían que tomarse para asegurar la protección contra el estigma y la discriminación prevista en la Recomendación núm. 200?
3. ¿Está familiarizado con las políticas nacionales de su país dedicadas al VIH y el sida?

Módulo 6: La discriminación relacionada con el VIH

Desde hace tiempo los gobiernos y los organismos internacionales han reconocido la dimensión de derechos humanos que entraña la epidemia del VIH. Las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*, de ACNUDH/ONUSIDA (2006), exhortaron a los gobiernos a «promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad [y los] medios administrativos y civiles prontos y eficaces»⁵³.

Al referirse al principio de la no discriminación, las directrices señalaron la especial importancia de los convenios y las recomendaciones de la OIT, «tales como los instrumentos de la OIT relativos a la discriminación en el empleo y la ocupación, la terminación del empleo, la protección de la intimidad de los trabajadores, y la seguridad y la salud en el trabajo»⁵⁴.

Cuando el estigma y la discriminación predominan en el lugar de trabajo, el miedo a perder el empleo o a otras consecuencias negativas obstaculizan los esfuerzos de prevención del VIH al



⁵³ ACNUDH/ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*, quinta directriz, op. cit., págs. 17 y 18 y pág. 31.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 80.

reducir el uso de los servicios y la adherencia a los tratamientos necesarios⁵⁵. Como resultado, el estigma y la discriminación relacionados con el VIH socavan todos los esfuerzos internacionales y nacionales por detener las nuevas infecciones por el VIH y permitir el acceso a las medidas de prevención, tratamiento, atención y apoyo para las personas infectadas o afectadas por el VIH.

La discriminación relacionada con el VIH se basa en el estigma, que a su vez es alimentado por el miedo y la desinformación sobre el virus y sus modos de transmisión. El estigma también tiene sus raíces en la asociación del VIH con comportamientos considerados *malos* o *inmorales*, de acuerdo a los valores culturales y sociales de muchos países⁵⁶.

Las personas viviendo con o afectadas por el VIH deben ser protegidas tanto de ser estigmatizadas como discriminadas. Ambos fenómenos son diferentes pero están vinculados. El estigma se vincula con la discriminación, pero su alcance y sus efectos son quizás aún más dañinos.

El párrafo 1, apartado d), de la Recomendación núm. 200 define el concepto de estigma como:

«La marca social que, cuando se asocia a una persona, suele causar marginación o constituir un obstáculo para el pleno disfrute de la vida social de la persona infectada o afectada por el VIH».

El estigma puede tomar muchas formas. Las personas infectadas o afectadas por el VIH pueden ser excluidas de eventos sociales en el lugar de trabajo, o pueden ser objeto de rumores maliciosos o de acoso por parte de colegas en el trabajo. Los supervisores o compañeros de trabajo pueden aislar un colega por temor a dar la mano, compartir una bebida u otro contacto social con el trabajador pensando que esto podría exponerlos al virus. El estigma puede tener efectos devastadores sobre los trabajadores seropositivos alterando su estado de ánimo, su motivación, su productividad y su salud mental y física, así como sus posibilidades de ganarse la vida. También puede afectar al clima organizacional y en última instancia a las relaciones en el lugar de trabajo, ya que puede fomentar una cultura de no-inclusión y de falta de respeto de los derechos humanos.

De acuerdo con un informe de 2010 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el VIH se sigue percibiendo como una condición que convierte a las personas

⁵⁵ ONUSIDA, *Non-discrimination in HIV responses*, 26th Meeting of the UNAIDS Programme Coordinating Board (Ginebra, 22 a 24 de junio de 2010) UNAIDS/PCB (26)/10.3, párrafo 10.

⁵⁶ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, *op. cit.*, párrafos 5 y 11.

en peligrosamente contagiosas o incapaces para trabajar, lo que da lugar a la intolerancia, la discriminación y el miedo en el lugar de trabajo⁵⁷. Un estudio de 2010 encargado por el ONUSIDA midió, entre otras cosas, el nivel de discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo en diferentes países. Una muestra del estudio mostró que del 13 al 29 por ciento de los trabajadores no estarían dispuestos a trabajar con un colega seropositivo⁵⁸.

El Índice de Estigma en PVVIH del 2012, un estudio de las experiencias de las personas que viven con VIH (PVVIH) en nueve países⁵⁹, mostró niveles persistentemente altos de estigma y discriminación relacionados con el empleo. Por ejemplo, el gráfico muestra que un alto porcentaje de los trabajadores encuestados atribuyó la pérdida de sus puestos de trabajo o de otras fuentes de ingresos a la discriminación relacionada con el VIH.



Fuente: GNP+, OIT y The PLHIV Stigma Index, *Evidence brief: Stigma and discrimination at work. Findings from the PLHIV Stigma Index* (Amsterdam, 2012), pág. 12.

El siguiente caso ofrece un ejemplo de estigmatización relacionado con el VIH por parte de un grupo de colegas de trabajo que llevó a la discriminación, provocando la decisión del empleador de despedir a un trabajador seropositivo.

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, op. cit.

⁵⁸ ONUSIDA/Zogby International, *The Benchmark: What the world thinks about the AIDS response*, UNAIDS Outlook Report (Ginebra, 2010).

⁵⁹ GNP+, OIT y The PLHIV Stigma Index, *Evidence brief: Stigma and discrimination at work: Findings from the PLHIV Stigma Index* (Amsterdam, 2012), pág. 12. Los nueve países estudiados fueron: Argentina, Estonia, Filipinas, Kenya, Malasia, México, Nigeria, Polonia y Zambia.

País: Grecia

Corte Europea de Derechos Humanos, *I. B. v. Grecia*, aplicación núm. 552/10, fallo emitido el 3 de octubre de 2013

El demandante fue despedido de su puesto en una joyería tras someterse a una prueba de VIH que resultó positiva. Mientras el demandante estaba de baja por enfermedad, varios de sus compañeros de trabajo, ante la sospecha de que podría tener el VIH, se sometieron a la prueba del VIH. Los resultados fueron todos negativos. Poco después, los compañeros de trabajo del demandante se enteraron que él había sido diagnosticado seropositivo. Un grupo de ellos exigió que el empleador sacara al demandante del lugar de trabajo. Aproximadamente la mitad de la fuerza de trabajo de la empresa firmó una petición instando a que se retirara el denunciante. El empleador cedió a la presión ejercida por sus empleados y despidió al demandante. La Corte de Casación griega sostuvo que esta acción no constituía una discriminación, sino que se justificaba dadas las circunstancias, por la presión ejercida sobre el empleador y el peligro que la presencia continua del demandante representaba para el buen funcionamiento de la empresa.

La Corte Europea de Derechos Humanos revocó la decisión de la Corte de Casación griega de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Corte tomó en cuenta la Recomendación núm. 200 de la OIT, refiriéndose extensamente a las disposiciones de la Recomendación sobre el principio de la no discriminación. La Corte sostuvo que, al despedir al demandante, el empleador había estigmatizado aún más a una persona que, a pesar de ser seropositivo, no había mostrado ningún signo de enfermedad. La Corte consideró igualmente que las amenazas de los compañeros de trabajo eran irracionales ya que no se basaban en ninguna teoría científica válida. La Corte sostuvo que si el estado serológico respecto del VIH del demandante no estaba impidiendo el buen funcionamiento de la empresa (por ejemplo, impidiendo al demandante desempeñar sus funciones), su estado serológico respecto del VIH por sí solo no podría ser una causa válida para la terminación de su empleo.

En contraste con el estigma, la discriminación generalmente toma la forma de un acto u omisión. Puede ser una acción deliberada, como la decisión del empleador de negarse a contratar o de despedir a un trabajador por motivos de su estado real o supuesto respecto del VIH. La discriminación también puede expresarse bajo la forma de la exclusión de un grupo determinado de un beneficio relacionado con el trabajo, tal como una oportunidad de formación o el acceso a regímenes de seguro ocupacional.

La Recomendación núm. 200, párrafo 1, apartado e), define la discriminación con referencia al Convenio núm. 111 de la OIT como:

«toda distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación a que se hace referencia en el Convenio y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958».

La discriminación puede ser directa o indirecta. Hay discriminación directa cuando, en una situación comparable, una persona es tratada de manera menos favorable por motivos de su estado real o supuesto respecto del VIH. Por ejemplo, un solicitante de empleo que sea seropositivo puede ser eliminado a raíz de preguntas en una entrevista de trabajo sobre sus medicamentos, estado civil, u otros elementos destinados a determinar si tiene el VIH. También puede haber discriminación indirecta cuando una disposición o práctica aparentemente neutral pone a una persona en desventaja con respecto a las demás, sin un motivo razonable para la diferencia de trato. Por ejemplo, un reglamento interno que prevé una bonificación en función de la disponibilidad de los trabajadores a trabajar horas extras sin tener en cuenta la situación de los que no pueden ser disponibles por motivos de enfermedad, sus obligaciones familiares u otras razones podría constituir una discriminación indirecta.

La discriminación no necesita ser intencional. Es suficiente que el acto o la exclusión discriminatoria tengan el efecto de alterar la igualdad de oportunidades y de trato.

Como señaló la Comisión de Expertos de la OIT en su Observación General en el 50.º aniversario del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), la discriminación relacionada con el VIH está frecuentemente asociada a discriminación basada en otros motivos.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, 2009, Informe III (Parte 1A), párrafo 108

«El artículo 1, 1), b) [del Convenio núm. 111] reconoce que surgirán o se reconocerán nuevas manifestaciones de discriminación, y prevé que los Estados que han ratificado el Convenio determinen los motivos adicionales a abordar en virtud del Convenio. Los países están utilizando cada vez más la posibilidad de determinar motivos adicionales, y están tomando medidas, incluida la protección legislativa, para hacer frente a la discriminación basada en motivos adicionales, tales como la edad, el estado de salud, la discapacidad, el hecho de padecer el VIH/SIDA, la nacionalidad, el estatus o las responsabilidades familiares y la orientación sexual. La Comisión observa que en muchos casos la discriminación en el empleo y la ocupación no se limita a la discriminación basada en un solo motivo. Por ejemplo, la discriminación por motivo de sexo basada en el sexo a menudo interactúa con otras formas de discriminación o desigualdad por motivos de raza, ascendencia nacional, religión o incluso edad, condición de migrante, discapacidad o estado de salud. A este respecto, la Comisión quiere hacer hincapié en la situación particular de los trabajadores migrantes, incluidas las trabajadoras del servicio doméstico, las mujeres indígenas y las personas que padecen el VIH/SIDA.»

Formas de discriminación relacionada con el VIH

La discriminación relacionada con el VIH en el empleo ocurre principalmente en tres contextos:

- Antes de la relación laboral;
- Durante la relación laboral (términos y condiciones); y
- Por despido injustificado del empleo.

La discriminación puede ocurrir antes de la contratación. A un solicitante de trabajo seropositivo que haya dado a conocer su estado serológico al potencial empleador se le puede negar el empleo. Del mismo modo, un solicitante de empleo puede ser obligado a someterse a una prueba del VIH como condición para la contratación. Algunos empleadores pueden someter a los solicitantes a pruebas indirectas (denominadas «otras formas de detección», o *screening*, en inglés), al solicitarles información pensada para determinar si el solicitante está o podría estar viviendo con el VIH.

La discriminación relacionada con el VIH puede ocurrir en el contexto de una acción individual tomada por un empleador contra un solicitante de empleo o un trabajador, o en el contexto de un reglamento o política que excluya del empleo a las personas por motivo de su estado serológico respecto del VIH. Por ejemplo, puede existir una práctica o política que prohíba que una persona que vive con el VIH sea contratada para una ocupación específica, independientemente de las competencias o las capacidades individuales del trabajador.

La discriminación en los términos y condiciones de empleo puede producir cuando un trabajador es rechazado o marginado por su empleador y sus colegas. Al trabajador se le puede negar la capacitación u otras oportunidades relacionadas con el trabajo, o se le niega el acceso a beneficios relacionados con el empleo.

Un trabajador puede ser despedido únicamente por causa de su estado serológico, o como resultado de la percepción de que él o ella no pueden realizar las tareas propias del puesto, independientemente de sus capacidades reales.

La discriminación basada en el estado serológico real o supuesto con respecto al VIH

Al examinar una demanda de discriminación por motivo del estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH, una de las primeras cuestiones a considerar es si, y en qué medida, las víctimas de la discriminación relacionada con el VIH gozan de la protección de sus derechos en virtud de la legislación nacional. El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH se ha incluido como un motivo protegido de discriminación en la legislación nacional de un número creciente de países⁶⁰. Sin embargo, según el informe mundial *Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de SIDA*, 2012, a partir de finales de 2012 solo el 61 por ciento de los Estados Miembros de las Naciones Unidas informaron acerca de la existencia de legislación nacional para la protección de las personas que viven con el VIH⁶¹.

⁶⁰ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 810.

⁶¹ ONUSIDA, *Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de sida 2012*, op. cit.

En los países donde existe la protección, la naturaleza y el tipo de cobertura varía ampliamente. Varios países ofrecen amplias protecciones contra la discriminación en sus leyes constitucionales. Los tribunales han interpretado que estas disposiciones constitucionales prohíben la discriminación basada en el estado serológico respecto del VIH.

País: Sudáfrica

Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Jacques Charl Hoffmann v. South African Airways*, caso CCT 17/00, sentencia de 28 de septiembre de 2000

El Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró que el demandante estaba protegido contra la discriminación en el empleo basada en su estado serológico respecto del VIH en virtud de la Constitución de Sudáfrica.

En dos resoluciones dictadas en 2011 por el Tribunal Federal Superior de Trabajo del Brasil, que citaban tanto el Convenio núm. 111 como la Recomendación núm. 200, de la OIT, el tribunal se basó en disposiciones generales de la ley constitucional (estas dos resoluciones se discuten más ampliamente en el módulo 10).

Numerosos países incluyen la discriminación relacionada con el VIH bajo otros motivos de discriminación ilegales, tales como «discapacidad»⁶², «salud» o «cualquier otra condición», mientras que otros han incluido el estado serológico respecto del VIH como un aspecto específicamente protegido en la legislación general contra la discriminación o en la legislación sobre igualdad de oportunidades. Algunos países han adoptado legislación general sobre el VIH y el sida⁶³, o establecen la protección contra la discriminación en el empleo por motivo del estado serológico, real o supuesto, con respecto al VIH en sus códigos de trabajo u otras leyes laborales⁶⁴. Algunos países han emitido políticas o repertorios de recomendaciones prácticas sobre el VIH, mientras que otros han incluido cláusulas contra la discriminación en los convenios de negociación colectiva⁶⁵.

En 2012 la Comisión de Expertos de la OIT instó a los países a considerar la adopción de legislación para proteger a las personas contra la discriminación basada en el estado serológico, real y supuesto, con respecto al VIH⁶⁶.

⁶² Por ejemplo, los Estados Unidos, que incluyen el VIH como una discapacidad en cumplimiento de la Ley de estadounidenses con discapacidades de 1990. La Ley de igualdad del Reino Unido, de 8 de abril de 2010, también incluye el VIH como una discapacidad y no como un motivo independiente de discriminación.

⁶³ Por ejemplo, Costa Rica ha adoptado una ley general sobre el VIH/SIDA (ley núm. 7771 de 29 de abril de 1998). Mozambique tiene una ley general sobre el sida (ley núm. 5, de 5 de febrero de 2002).

⁶⁴ Por ejemplo, la sección 5(2) (f) de la Ley de Trabajo de Namibia, núm. 11, de 21 de diciembre de 2007, o la sección 6 de la Ley de Trabajo de Bahamas, núm. 73 de 2001.

⁶⁵ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 810.

⁶⁶ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 811 y nota al pie 2048 (pág. 362).

OIT: *Dar un rostro humano a la globalización* (Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa), Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012, Informe III (Parte 1B), párrafo 811

«La legislación y las políticas en ocasiones limitan la protección contra la discriminación y el estigma relacionados con el empleo a las personas que viven con el VIH, es decir, las personas seropositivas al VIH. Las leyes y políticas nacionales deberían proporcionar protección contra la discriminación y el estigma basados en el 'estado serológico real o supuesto respecto del VIH', según lo previsto en la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), a fin de cubrir a las personas que son objeto de discriminación sobre la base de estereotipos. La protección debería dar cobertura a las personas afectadas por el VIH, tales como los miembros de la familia y los niños huérfanos o vulnerables debido al VIH o al sida, y a los trabajadores migrantes.»

Con respecto a la discriminación relacionada con el VIH basada en los estereotipos, la Comisión de Expertos señaló:

«Los estereotipos surgen, por ejemplo, cuando las personas proceden de regiones del mundo o de sectores de la población que se consideran están en una situación de mayor riesgo o son vulnerables a la infección por el VIH, con inclusión de los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, los usuarios de drogas inyectables y los trabajadores del sexo.»

Además de estipular que no debe existir ningún tipo de discriminación en el empleo y la ocupación sobre la base del estado serológico, real o supuesto, con respecto al VIH, el párrafo 3, apartado c), de la Recomendación núm. 200 establece expresamente que no se debe discriminar a las personas pertenecientes a las regiones del mundo o a grupos supuestamente expuestos a un mayor riesgo de VIH.

La discriminación basada en estereotipos puede surgir de varias maneras. Por ejemplo, una persona puede ser discriminada a causa de su orientación sexual y estado serológico respecto del VIH, únicamente a raíz de una noción preconcebida de que las personas de diferente orientación sexual son más propensas a ser VIH-positivas. La persona puede ser, de hecho, ni homosexual ni seropositiva. Una persona también puede ser objeto de discriminación a raíz de la asociación con un cónyuge o miembro de la familia VIH-positivo.

La resolución del Tribunal de Derechos Humanos de Ontario ilustra el enfoque adoptado por un tribunal nacional con respecto al tema de la discriminación basada en el estado serológico supuesto.

País: Canadá

Tribunal de Derechos Humanos de Ontario, *Guiguère v. Popeye Restaurant*, caso núm. 2008 HRT02, sentencia de 17 de enero de 2008

El Tribunal de Derechos Humanos de Ontario examinó las alegaciones de discriminación contra una persona VIH-negativa. La demandante alegó que su empleador dio por terminado su empleo como camarera porque su cónyuge de hecho era VIH-positivo. El empleador afirmó que se conocía el estado serológico respecto del VIH del cónyuge en el momento en que la demandante fue contratada y que la decisión de despedir a la demandante se había tomado sobre la base de quejas de los clientes relacionadas con el estado serológico respecto del VIH del cónyuge. La demandante alegó discriminación por motivos de discapacidad (incluida la discapacidad supuesta), de asociación y estado civil. El empleador demandado y el gerente negaron las acusaciones, alegando que el despido fue resultado de una ralentización de la actividad comercial y de dificultades financieras. Afirmaron que las quejas de los clientes y el hecho de que el cónyuge de la demandante fuera VIH-positivo no habían incidido en la decisión. El tribunal señaló que el caso planteaba «las cuestiones jurídicas interesantes de discapacidad supuesta, discriminación como consecuencia de asociación y lo que a veces se denomina *casos de preferencia del cliente*».

El tribunal señaló que el empleador le había enviado a la demandante una carta de despido por escrito, en la que declaraba:

«Con pesar debo dar por terminada su relación laboral debido a quejas de los clientes referentes a su posible contracción del virus del sida. Las quejas fueron presentadas ante mí y algunos de sus compañeros de trabajo.

Algunos clientes me dijeron categóricamente que iban a dejar de venir al restaurante si usted seguía trabajando para mí.

Al momento de su contratación, usted misma me dijo que su novio y futuro esposo estaba infectado por el virus del sida, y que el resultado de su prueba había sido negativo. Agradecí mucho su honestidad.

En ese momento no consideré que esto fuera un problema; lamentablemente, y en contra de mis creencias, si esto va a afectar el negocio de esta manera, no tengo más remedio que dar por terminado su contrato de trabajo».

El tribunal señaló que indiscutiblemente el restaurante estaba de hecho en una situación financiera difícil. Sin embargo, no existía evidencia de que nadie más que la demandante hubiera sido despedido durante el mismo periodo, ni existía evidencia alguna de que el restaurante hubiera perdido clientes. El tribunal concluyó que la decisión de despedir a la demandante estuvo motivada principalmente por la discriminación basada en su asociación con una persona VIH-positiva, y que, por tanto, violaba el Código de Derechos Humanos de Ontario.

Enfoques de los tribunales sobre la discriminación relacionada con el VIH en el empleo y la ocupación

Esta sección proporciona ejemplos de jurisprudencia que ilustran la forma en que los tribunales de diferentes países han enfrentado el tema de la discriminación relacionada con el VIH en el empleo y la ocupación.

Discriminación durante el reclutamiento y la selección: no contratación

Una serie de tribunales nacionales han sostenido que a los solicitantes de empleo no se les debe negar el acceso al empleo únicamente en función del estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH.

País: Sudáfrica

Tribunal Constitucional, *Jacques Charl Hoffmann v. South African Airways*, caso núm. CCT 17/00, sentencia de 28 de septiembre de 2000

A un solicitante de empleo se le negó un empleo como asistente de vuelo debido a su estado VIH-positivo. Antes de que su estado serológico respecto del VIH fuera revelado al empleador, él había sido considerado cualificado y apto para el puesto. El Tribunal Constitucional señaló que las personas que viven con el VIH constituyen una minoría sometida a una fuerte discriminación en la sociedad sudafricana. El tribunal señaló la necesidad de proteger a este grupo de personas de la discriminación e interpretó el artículo 9(3) de la cláusula de igualdad de la Constitución en el sentido de que proporciona protección contra la discriminación en el empleo a causa del estado serológico respecto del VIH.

El tribunal sostuvo que el estado serológico respecto del VIH no convertía al demandante en no apto para el puesto de auxiliar de vuelo. En función de la Constitución y del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), de la OIT, el Tribunal concluyó que, con el objetivo de eliminar efectivamente la discriminación, la reparación apropiada en las circunstancias del caso era ordenar a South African Airways a contratar al recurrente como asistente de cabina.

Condición de VIH-positivo y el derecho al trabajo

El Tribunal Superior de Bombay ha sostenido que la negación de empleo a un solicitante de empleo VIH-positivo no sólo constituye una discriminación ilegal, sino que también constituye una violación del derecho al trabajo, a la vida y al sustento.

País: India

Tribunal Superior de Bombay, *MX de habitante indio de Bombay v. M/s ZY Courts y otro*, caso núm. BOM 406, sentencia de 3 de abril de 1997

El nombre del peticionario fue eliminado del grupo de trabajadores ocasionales del empleador por haber resultado positivo en una prueba de detección de VIH. De acuerdo con la evidencia presentada al Tribunal, el peticionario había sido considerado apto para el trabajo.

La sentencia examinó las consecuencias económicas de la exclusión de trabajadores VIH-positivos del mercado laboral. El tribunal consideró que la negación de empleo a causa del estado serológico respecto del VIH violaba el derecho al trabajo, a la vida y a los medios de vida, y concluyó que esta discriminación efectivamente condenaría al trabajador VIH-positivo a una verdadera muerte financiera:

«Por lo tanto, se deben equilibrar el derecho de esa persona a contar con medios de subsistencia y empleo, los intereses del empleador, de los compañeros de trabajo en el lugar de trabajo y el público que pueda entrar en contacto con esta persona en el lugar de trabajo. En nuestra opinión, el Estado y las empresas públicas [...] no pueden adoptar la postura cruel e inhumana de no contratar a una persona a menos que se hayan cerciorado de que la persona servirá durante todo el periodo de servicio que va desde la contratación hasta la jubilación. [...] lo más importante en relación con las personas infectadas por el VIH es el requisito de apoyo comunitario, apoyo económico y la no discriminación de estas personas. Esto también es necesario para la prevención y el control de esta terrible enfermedad. Teniendo en consideración la amenaza generalizada y actual de esta enfermedad en el mundo en general y en este país en particular, el Estado no se puede permitir condenar a las víctimas de la infección por el VIH, muchas de las cuales son verdaderamente desafortunadas, a una muerte financiera garantizada. No es del interés público general y está prohibido por la Constitución».

En una resolución posterior, el Tribunal Superior de Bombay también enfrentó el tema de la discriminación relacionada con el VIH en el contexto del empleo pasivo, un beneficio negado a la viuda VIH-positiva de un trabajador fallecido.

País: India

Tribunal Superior de Bombay, *S. habitante indio de Bombay v. Director General de la Policía, CISF y otros (no declarados)*, caso núm. 202 de 1999, sentencia de 27 de febrero 2004

La peticionaria fue una viuda VIH-positiva cuyo marido había trabajado en el sector público. A ella se le negó el empleo por razones humanitarias (ocupar el puesto de su difunto esposo) a causa de su estado VIH-positivo, a pesar de estar declarada clínicamente apta para el trabajo. El 14 de noviembre de 1999 el tribunal emitió una orden provisional ordenando a la empresa emplearla de manera temporal por un periodo de noventa días. El 16 de enero de 2004, en su resolución final, el tribunal ordenó a la empresa darle a la demandante un puesto permanente.

Denegación de acceso a una ocupación específica

Si bien la discriminación relacionada con el VIH puede producir la denegación de acceso a un puesto de trabajo, también puede dar lugar a la exclusión de una ocupación específica. Por ejemplo, en el caso Hoffmann citado anteriormente, el empleador argumentó que el demandante no podía ser empleado como asistente de cabina porque su condición de VIH-positivo le impediría vacunarse contra la fiebre amarilla, un requisito para que viajara al extranjero. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica rechazó el argumento. Basándose en la evidencia presentada por los expertos en medicina, el tribunal sostuvo que:

El miedo y la ignorancia nunca pueden justificar la negación, a todas las personas VIH-positivas, del derecho fundamental a ser juzgadas por sus méritos. Nuestro tratamiento de las personas VIH-positiva debe basarse en juicios razonados y médicamente válidos. Se les deben proteger contra los prejuicios y los estereotipos. Debemos combatir las percepciones erróneas, y no obstante predominantes, sobre el VIH. El hecho de que algunas personas VIH-positivas, bajo ciertas circunstancias, podrían no resultar aptas para el puesto de auxiliar de vuelo, no justifica una exclusión general de todas las personas VIH-positivas del puesto de auxiliares de cabina (párrafo 35).

Cuando una persona VIH-positiva está asintomática e inmunocompetente, en ausencia de cualquier otro impedimento, será capaz de: cumplir con los requisitos de rendimiento del trabajo y recibir la vacunación apropiada según sea necesario para el trabajo (párrafo 14).

El tribunal declaró además que: «a partir solo de fundamentos médicos no se puede justificar la exclusión de una persona VIH-positiva del empleo *únicamente* por motivo de su estado VIH-positivo». Además, el tribunal señaló que, con un tratamiento efectivo, «las personas pueden llevar una vida normal y pueden realizar todas las tareas del trabajo para el que estén calificados» (Hoffmann, *op. cit.*, párrafo 14).

Varios tribunales han anulado las políticas generales que les negaban empleo a personas VIH-positivas que trabajaban o buscaban empleo en las fuerzas armadas y los servicios uniformados.

País: Namibia

Tribunal de Trabajo, *Haindongo Nghidipohamba Nanditume v. Ministerio de Defensa*, caso núm. LC 24/98, sentencia de 10 de mayo de 2000

El Tribunal de Trabajo citó las disposiciones contra la discriminación injusta incluidas en el Código de Trabajo de Namibia al anular la política de las Fuerzas de Defensa de Namibia que excluía del empleo a las personas que viven con el VIH.

País: Sudáfrica

Tribunal Superior, *South African Security Forces Union (SASFU) v. Dirección General de Salud Pública*, caso núm. 18683/07, sentencia de 16 de mayo de 2008

La SASFU impugnó la política de las Fuerzas de Defensa de Sudáfrica que excluía a las personas VIH-positivas del reclutamiento y excluía a quienes ya pertenecían a las fuerzas armadas de las oportunidades de despliegue y ascenso si llegaban a ser VIH-positivos. El empleador justificó su política sobre la base de que era necesaria para garantizar la buena salud de sus empleados. A la luz de la evidencia científica que refuta esta justificación, las partes alcanzaron un acuerdo que fue adoptado por el Tribunal Superior, el cual también ordenó al empleador a desarrollar una nueva política de clasificación sanitaria conforme con su resolución.

País: Estados Unidos

Distrito de Columbia, Tribunal del Distrito de Columbia, *Doe v. Distrito de Columbia, y otros*, caso núm. 91-1642, 796 F. Supp. 559 (1992), sentencia de 1.º de julio de 1992

El Tribunal de Distrito examinó la cuestión de si la condición de VIH-positivo de un bombero lo incapacitaría para cumplir con su trabajo. El tribunal se basó en el testimonio médico y científico de expertos y concluyó que no existía riesgo medible de que el solicitante transmitiera el VIH a otros bomberos o al público durante el cumplimiento de sus funciones. El tribunal observó que, «al llegar a esta conclusión, el tribunal se une a otros tribunales que se han negado a considerar la teórica o remota posibilidad de la transmisión del VIH como fundamento para excluir a las personas infectadas por el VIH del empleo o de las oportunidades de educación».

País: India

Tribunal Superior de Andhra Pradesh, *X v. Junta de Reclutamiento de la Policía Estatal*, caso núm. 15981 de 2005, sentencia de 22 de diciembre de 2005

El Tribunal Superior del Estado de Andhra Pradesh sostuvo que la condición de VIH-positivo por sí sola no puede justificar la negación del empleo y que a una persona que en todo otro sentido sea apta, calificada y no plantee ningún riesgo considerable a los demás, no se le puede negar empleo en el servicio de policía. El Tribunal Superior hizo hincapié en que en sí mismo el estado serológico respecto del VIH no hace que una persona no sea apta para trabajar. Citando el caso *Hoffmann*, el tribunal resaltó que la discriminación injusta puede condenar a una persona VIH-positiva a la *muerte financiera*: «El hecho de que algunas personas VIH-positivas, en determinadas circunstancias, puedan no ser aptas para trabajar en la policía, no justifica excluir de este empleo a todas las personas que viven con el VIH. Si este fuera el caso, las personas VIH-positivas nunca tendrían la oportunidad de que su estado de salud se evaluara a la luz de los conocimientos médicos actuales para que



se determinara si son aptos para trabajar en el cuerpo de policía. Por el contrario, serían vulnerables a la discriminación basada en prejuicios y suposiciones infundadas. Esto es evidentemente injusto. El derecho constitucional del peticionario de no ser injustamente discriminado no puede ser determinado por las percepciones públicas erróneas con respecto a las personas con el VIH. El prejuicio nunca puede justificar una discriminación injusta. Las personas que viven con el VIH deben ser tratadas con compasión y comprensión. No se les debe condenar a *muerte financiera* al negarles la igualdad de oportunidades en el empleo. [...] No todas las personas que viven con el VIH son inaptas para trabajar. Solo aquellas cuyo conteo de CD4+ ha caído bajo un cierto nivel pueden llegar a no ser aptas para trabajar. Tomando en cuenta todas estas consideraciones, la denegación de empleo al peticionario, quien había cumplido las normas físicas y otras, solo porque resultó VIH-positivo, dañó su dignidad y constituyó una discriminación injusta. [...] A ninguna persona se le puede negar el empleo únicamente por el hecho de ser VIH-positiva».

El acceso a la protección social: la discriminación relacionada con el VIH en el contexto de la atención médica, la seguridad social y los seguros

Las personas que viven con el VIH pueden ser excluidas de cobertura en los planes de atención de salud vinculados al empleo y en los planes de seguros (salud, discapacidad y seguros de vida). La Recomendación núm. 200 establece en el párrafo 18 que los «Miembros deberían garantizar que los trabajadores que viven con el VIH y las personas a su cargo gocen de pleno acceso a la atención de salud, ya sea en el marco de sistemas de salud pública, de seguridad social, de regímenes de seguro privados o de regímenes de otro tipo. Los Miembros también deberían velar por educar y sensibilizar a los trabajadores para facilitar su acceso a la atención de salud».

i) El derecho al tratamiento

El artículo 19 de la Recomendación núm. 200 abarca el derecho a la igualdad de acceso a los servicios de salud, incluido el tratamiento de enfermedades relacionadas con el VIH. Los tribunales han sostenido que la denegación de acceso a los servicios de salud a partir del estado serológico respecto del VIH es una violación de los derechos de la persona que vive con el VIH o el sida.

País: Sudáfrica

Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Ministerio de Salud y otros v. Treatment Action Campaign y otros*, caso núm. CCT 9/02, sentencia de 4 de abril de 2002

Una ONG solicitó que la nevirapina (un medicamento ARV) se distribuyera gratuitamente a las mujeres infectadas con el VIH, ya que puede reducir a la mitad la transmisión del VIH de madres a hijos. El Tribunal Constitucional consideró que las políticas y las medidas del Gobierno para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo durante el embarazo incumplían el artículo 27(1) y (2) de la Constitución de Sudáfrica y ordenó al Estado proporcionar la medicación requerida y corregir su programa.

País: Estados Unidos

Corte Suprema de los Estados Unidos, *Bragdon v. Abbot*, caso núm. 97-156, sentencia de 25 de junio de 1998 (524 U.S. 624)

Un dentista se negó a tratar a un paciente debido a su condición de VIH-positivo. La Corte Suprema sostuvo que esta negativa constituye una discriminación ilegal y estimó que:

«La existencia o inexistencia de un riesgo significativo debe ser determinada desde el punto de vista de la persona que se niega al tratamiento o al alojamiento, y *la evaluación de riesgos se debe basar en la evidencia médica u otros pruebas objetivas* [...]. El profesional de la salud tenía la obligación de evaluar el riesgo de infección a partir de la información objetiva, científica, disponible para él y otros en su profesión. Su creencia de que existía un riesgo significativo, incluso si fuera de buena fe, no le exime de responsabilidad».

ii) La igualdad de acceso a los seguros

Los tribunales nacionales han determinado que las personas que viven con el VIH tienen derecho a adquirir seguros de vida.

País: Colombia

Corte Constitucional de Colombia, *X y X v. Aseguradora Solidaria de Colombia*, caso núm. T-1665/01, sentencia de 6 de noviembre de 2001

La Corte Constitucional de Colombia examinó el caso de una compañía de seguros que se negó a proporcionarle cobertura de seguro de vida a personas VIH-positivas. La Corte consideró que la política de la compañía era discriminatoria y violaba el derecho del demandante a la dignidad.

iii) La igualdad de acceso a los beneficios de la seguridad social

El acceso a la seguridad social se considera un derecho humano fundamental consagrado en el derecho internacional y en muchas constituciones nacionales.

País: Perú

Tribunal Constitucional de Perú, *Jacinto Francisco Villacorta Guevara v. Gobierno*, caso núm. 04749-2009-PA/TC, sentencia de 9 de agosto de 2011

El Tribunal Constitucional confirmó el derecho de un demandante VIH-positivo de recibir una pensión de invalidez. El Tribunal concluyó que la negativa constituía la violación de un derecho fundamental. La resolución señaló que las personas VIH-positivas son vulnerables, física y emocionalmente, como consecuencia de su estado



serológico respecto del VIH, y afirmó que por esta razón merecen protección especial bajo la ley. La resolución hizo referencia al marco jurídico y normativo del Perú, que establece el derecho a la protección social y prohíbe todas las formas de discriminación basadas en el estado serológico respecto del VIH. El artículo 7.2 de la ley núm. 28243 también establece el derecho de las personas VIH-positivas a tener acceso a la atención y el tratamiento, incluidos los beneficios de la seguridad social en el caso de que desarrollen discapacidad y no puedan trabajar. El tribunal declaró explícitamente que la resolución se basó en el derecho fundamental a la vida y en la legislación nacional sobre el VIH y el sida.

El despido discriminatorio a causa del estado serológico respecto del VIH no solo produce la pérdida del empleo para el trabajador, sino que también afecta el acceso del trabajador a la cobertura en regímenes de seguridad social y de salud ocupacional. Los tribunales nacionales han examinado casos de despido injustificado en los que la reparación judicial ordenada ha incluido la restitución de los derechos del demandante a los beneficios de la seguridad social.

País: Colombia

Corte Constitucional de Colombia, *XX v. Gun Club Corporation y otros*, caso núm. SU-256/96, sentencia de 30 de mayo de 1996

El demandante alegó que se había dado por terminado su relación de trabajo cuando su empleador se enteró de que era VIH-positivo.

El demandante fue contratado por la Gun Club Corporation en 1992. Sus prestaciones laborales incluían recibir servicios sanitarios del médico de empresa del empleador en las instalaciones del club. En 1994 el médico le ordenó al demandante someterse a una prueba del VIH. El demandante alegó que el médico le ordenó abandonar el club cuando vio que el resultado de su prueba había sido positivo. Luego, el empleador elaboró una carta en la que suspendía al demandante con goce de salario por 30 días. Posteriormente, el empleador impuso un segundo periodo de suspensión con goce de salario, seguido de una carta en la que daba por terminada su relación laboral.

El demandante solicitó una indemnización por lucro cesante, así como una orden que le permitiera conservar sus derechos a la seguridad social. La Corte reconoció, en cumplimiento de la Constitución colombiana, los derechos del demandante a la igualdad, la dignidad, el trabajo, la salud y la seguridad social. A partir de las pruebas presentadas, el tribunal consideró que el demandante había sido discriminado y despedido injustamente debido a su condición de VIH-positivo.

La Corte Constitucional ordenó al empleador a indemnizar al demandante por daños y perjuicios (incluido el lucro cesante) incurridos como consecuencia del despido. La Corte también ordenó al Instituto de Seguros Sociales proporcionar cobertura al demandante en los mismos términos que si no hubiera sido despedido. La Corte también ordenó que el Instituto le otorgara al demandante una pensión por invalidez a partir de la fecha en la que desarrolló los síntomas relacionados con el sida. Al respecto de la conducta del médico del empleador, la Corte también ordenó que se envíen copias de la sentencia al Tribunal de Ética Médica.

Despido injustificado

Una de las formas más comunes de discriminación relacionada con el VIH en el empleo es el despido injustificado, que produce pérdida de ingresos y de medios de vida para el trabajador afectado. También puede resultar en la pérdida de acceso a los beneficios de salud relacionados con el empleo para el trabajador, su familia y las personas a su cargo.

País: Polonia

Tribunal Constitucional de Polonia, caso núm. 150/10/A/2009, sentencia de 23 de noviembre de 2009 y Tribunal Administrativo Regional de Gdansk, caso núm. III SA/Gd 6/10, sentencia de 10 de marzo de 2010

Un policía que vivía con el VIH fue despedido del cuerpo de seguridad por motivo de su estado serológico respecto del VIH. El empleador basó el despido en reglamentos administrativos que enumeran las condiciones de salud que impiden laborar en la fuerza policial. La solicitud de un pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de los reglamentos fue presentada ante el Tribunal Constitucional por el Tribunal Administrativo Regional de Gdansk, donde el policía había elevado su apelación de la decisión de despido. El Tribunal Constitucional dictaminó que los reglamentos administrativos que establecen el despido automático de una persona a causa de su estado serológico respecto del VIH violan el derecho constitucional de acceso no discriminatorio a los servicios públicos. El Tribunal subrayó que debe existir la posibilidad de tomar en cuenta el estado de salud de una persona al evaluar su aptitud para un trabajo. También se refirió en múltiples ocasiones al *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA*. Sobre la base de esta sentencia, el Tribunal Administrativo Regional de Gdansk anuló el despido.

En un caso de 2011 el Tribunal de Trabajo de Sudáfrica citó el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 200 de la OIT, además del derecho constitucional y estatutario, al fallar a favor de un trabajador despedido por motivo de su estado serológico respecto del VIH.

País: Sudáfrica

Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Gary Shane Allpass v. Mooikloof Estates (Pty) Ltd.*, caso núm. JS178/09, sentencia de 16 de febrero de 2011

Allpass fue contratado por Mooikloof Estates como instructor de equitación y director de establo el 1.º de noviembre de 2008. En el momento de su contratación, tenía alrededor de 20 años de vivir con el VIH. Antes de ser contratado, Allpass se sometió a una entrevista, durante la cual le informó al empleador que estaba «en buen estado de salud». Poco después de ser contratado, a Allpass y a otros dos empleados se les pidió que rellenaran un formulario que les obligaba a revelar si estaban tomando algún «medicamento crónico». Allpass accedió y reveló que tomaba, entre otras cosas, medicamentos diarios para tratar su condición de VIH-positivo. Al enterarse



de su condición de VIH-positivo, el gerente inmediatamente despidió a Allpass bajo el argumento de que había fraudulentamente tergiversado su condición de salud y de que, en realidad, estaba «gravemente enfermo». Además de las denuncias de discriminación y despido improcedente, Allpass –que como parte de los términos y condiciones de su contrato de trabajo residía en la finca del empleador–, alegó que había sido insultado, maltratado y desalojado físicamente de la finca.

El Tribunal de Trabajo de Sudáfrica falló que Allpass había sido discriminado y despedido injustamente debido a su estado serológico respecto del VIH, le otorgó doce meses de salario en concepto de daños e indemnización compensatoria. El tribunal consideró que el despido violó los derechos de igualdad establecidos en el artículo 9 de la Constitución de la República de Sudáfrica, ley núm. 108, de 1996. El tribunal también consideró que el despido violó las secciones 187 (1) (f) y 188 de la Ley de Relaciones Laborales, núm. 66 de 1995, y el artículo 6 (1) de la Ley de Igualdad en el Empleo, núm. 55 de 1998. [Las denuncias de hostigamiento y desalojo forzoso fueron desestimadas por el tribunal debido a la falta de pruebas que establecieran una relación directa entre el desalojo, ejecutado por un tercero, y el empleador.]

Al tomar esta resolución, el Tribunal hizo referencia al Código de Sudáfrica de buenas prácticas sobre los aspectos clave del VIH y sida en el empleo (1998). También se apoyó en el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200).

En 2011 el Tribunal Federal Superior de Trabajo del Brasil también citó el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 200 en dos casos de despido injustificado por motivo del estado serológico respecto del VIH.

País: Brasil

Tribunal Supremo de Trabajo (TST), *Adriana Ricardo da Rosa v. Sociedade de Ônibus Porto Alegre Ltda.* – SOPAL, caso núm. TST-RR-104900-64.2002.5.04.0022, sentencia de 3 de agosto de 2011 (publicada el 2 de septiembre de 2011)

Tribunal Supremo de Trabajo (TST), *Edson Osório Leites v. Sociedade de Ônibus Gaucha Ltda. (SOGAL)*, caso núm. TST-RR-61600-92.2005.5.04.0201, sentencia de 22 de junio de 2011 (publicada el 1.º de julio de 2011)

En ambos casos, los demandantes alegaron que habían sido despedidos por motivo de su condición de VIH-positivos, y que las acciones de los empleadores fueron discriminatorias y violaron sus derechos fundamentales en virtud de la Constitución brasileña. Ambos demandantes solicitaron la reincorporación y el pago retroactivo de salarios y todos los beneficios correspondientes perdidos como consecuencia de los despidos. En ambos casos el tribunal falló a favor de los trabajadores VIH-positivos y dictaminó que habían sido discriminados y despedidos injustamente por motivo de su estado serológico respecto del VIH. En las resoluciones, el tribunal se refirió al Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 200. El tribunal señaló en ambos



casos que la Recomendación núm. 200 prohíbe la discriminación contra los trabajadores VIH-positivos y establece que los Estados Miembros deben velar por que los trabajadores no sean discriminados ni estigmatizados debido a su estado serológico, real o supuesto, respecto al VIH.

Las resoluciones hicieron referencia a los párrafos 10 y 11 de la Recomendación núm. 200, que disponen que el estado real o supuesto respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación o la continuidad en el empleo, y que no debería ser motivo de despido. Las resoluciones del tribunal también resaltaron que la Recomendación núm. 200 exhorta a los Estados Miembros a promover el mantenimiento en el empleo y la contratación de personas que viven con el VIH. Al examinar la cuestión del peso de la prueba en ambos casos, en función de observaciones formuladas por la CEACR bajo el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), el tribunal determinó que los empleadores demandados –no los demandantes– tenían el deber de demostrar que el despido no se había debido al estado serológico respecto del VIH de los demandantes. Ambos trabajadores fueron reincorporados.

Obligaciones de los empleadores en caso de enfermedad relacionada con el VIH

Como señala la sección anterior, el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH, por sí solo no es una razón válida para el despido. Además, de conformidad con el párrafo 13 de la Recomendación núm. 200, a los trabajadores con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debe negar la posibilidad de continuar en el empleo, con ajustes razonables de ser necesario, durante el tiempo que estén médicamente aptos para hacerlo.

Los empleadores pueden, sin embargo, justificar la decisión de despedir a un trabajador en razón de que el trabajador no pueda seguir desempeñando sus funciones. Los tribunales pueden ser llamados a determinar si un despido es, de hecho, injusto y discriminatorio o si está justificado debido a la incapacidad del trabajador.

Los siguientes casos son ejemplos de cómo han abordado este tema distintos tribunales.

País: Botswana

Tribunal Laboral de Botswana, *Lemo v. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd.*, caso núm. 166 de 2004, sentencia de 22 de noviembre de 2004

El Tribunal Laboral examinó los alegatos de despido injustificado de un trabajador con una enfermedad relacionada con el VIH. Hubo una disputa fáctica ante el Tribunal en cuanto a si Lemo había sido despedido por motivo de su condición de VIH-positivo o porque, según lo alegado por el empleador, se había negado a someterse a un examen médico.



Lemo, un empleado de Northern Air Maintenance, fue despedido el día después de que le reveló a su empleador su estado serológico respecto del VIH. Durante los últimos cuatro años de su relación de trabajo, la salud de Lemo se había deteriorado. Había tomado todos sus días de sus vacaciones anuales y de licencia por enfermedad, y su empleador en varias ocasiones le había concedido periodos de licencia sin goce de salario. El 28 de enero de 2004 el gerente de la empresa se reunió con Lemo y, refiriéndose a sus frecuentes ausencias, sugirió que se sometiera a un examen médico con un médico privado. Lemo se negó e indicó que estaba siendo tratado en el hospital local y que el personal médico del hospital estaba familiarizado con su situación. El día siguiente, 29 de enero 2004, Lemo le reveló a su empleador su condición de VIH-positivo. El empleador redactó una carta de despido el 30 de enero de 2004.

El tribunal consideró que la decisión de Northern Air Maintenance de despedir a Lemo había sido discriminatoria. Al rechazar el argumento del empleador de que el despido se había debido a la negativa de Lemo a realizarse el examen médico, el Tribunal consideró, a partir de todas las pruebas presentadas, que Lemo había sido despedido únicamente por motivo de estado serológico respecto del VIH. En su resolución, el tribunal señaló el hecho de que Northern Air Maintenance había autorizado las frecuentes ausencias de Lemo del trabajo durante tres años, hasta que descubrieron su condición de VIH-positivo, tras lo cual había sido despedido de inmediato. El tribunal también señaló que no había pruebas de que Lemo estuviera de hecho incapacitado. En estas circunstancias, el tribunal concluyó que Lemo fue despedido únicamente por motivo de su condición de VIH-positivo y que, por tanto, la decisión fue sustancialmente injusta.

El tribunal también sostuvo que el despido de Lemo fue procesalmente improcedente, ya que no fue precedido de los procedimientos de consulta y de discusión apropiados. Al respecto, el tribunal señaló que:

«[...] Incluso en el caso de una incapacidad progresiva, el empleado no puede ser despedido sin antes habersele realizado una investigación justa, en la que se tomaran en consideración la naturaleza de la incapacidad, la causa de la incapacidad, la probabilidad de recuperación, mejoría o recurrencia, el periodo de ausencia, su efecto sobre las operaciones del empleador y la antigüedad del empleado en su puesto, por mencionar solo algunos de los factores críticos.

Cuando un empleado es VIH-positivo, los empleadores deben evitar toda práctica discriminatoria, y deben ver al empleado de la misma manera como lo harían con cualquier otro empleado que padeciera una enfermedad que pusiera en riesgo su vida. Esto se debe a que, como regla general, un empleado VIH-positivo puede, por años e incluso décadas, no experimentar interferencia alguna con su capacidad de servicio y el cumplimiento de las exigencias de su trabajo. [...] Despedir a un empleado VIH-positivo o que vive con sida únicamente por motivo de ser VIH-positivo y sin haber establecido que está incapacitado [...] carece de fundamento racional y es injusto».

En el caso *Lemo*, el tribunal señaló, no obstante, que se espera de un empleador que deba «cargar con un empleado que no es productivo, ya sea a causa del VIH/SIDA o de alguna otra dolencia, y que tiene derecho a despedir a un empleado que, a causa de la enfermedad, se ausente por un tiempo excesivamente largo bajo

las circunstancias». Sin embargo, observó que la cuestión de si un periodo de ausentismo es considerado «excesivamente largo» debe determinarse en función de las circunstancias de cada caso. Por otra parte, el tribunal advirtió que cuando los empleados «llegan a estar demasiado enfermos para desempeñar su trabajo actual, el empleador está obligado a seguir el procedimiento justo». Una evaluación médica justa y objetiva de la capacidad del trabajador para realizar las tareas de su puesto de trabajo es un elemento necesario en esos procedimientos.

La resolución de 1998 del Tribunal Laboral de Botswana en un caso de enfermedad relacionada con el VIH (citada en el caso *Lemo*) proporciona orientación sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones del empleador al hacer frente a los problemas de incapacidad progresiva o permanente de un empleado VIH-positivo.

País: Botswana

**Tribunal Laboral de Botswana, *Monare v. Botswana Ash Pty (Ltd.)*,
caso núm. 112 de 1998, sentencia de 28 de marzo de 2004**

El Tribunal de Trabajo concluyó que un empleador podría estar justificado al despedir a un empleado que ya no fuera capaz de realizar las funciones de su trabajo, si sigue los procedimientos correctos. En *Monare*, el demandante era el único trabajador a cargo de realizar un trabajo en particular. Se ausentó del trabajo debido a una enfermedad relacionada con el VIH y el empleador le proporcionó asistencia durante su enfermedad, incluidos el alojamiento, la atención médica y el transporte al hospital. Durante los últimos meses de su empleo, el demandante solo fue capaz de trabajar media jornada, pero se le pagó como si hubiera seguido trabajando a tiempo completo. En estas circunstancias, el tribunal concluyó que el empleador podía despedir al empleado por motivos de salud delicada, dado que no existía ninguna posibilidad de recuperación y debido a los requisitos operacionales.

Puntos de discusión

1. ¿Cómo se manifiesta en el lugar de trabajo la discriminación basada en el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH?
2. ¿Cuáles elementos son necesarios para establecer un caso *prima facie* de discriminación?
3. ¿Tiene conocimiento de algún caso, en su país, en el que la discriminación relacionada con el VIH haya sido considerada por un tribunal de trabajo? De ser así, ¿cuál fue el resultado?

Módulo 7: Pruebas, privacidad y confidencialidad

La Recomendación núm. 200 demanda protecciones integrales para salvaguardar la privacidad de los trabajadores –incluidos los solicitantes de trabajo– y sus familias en el contexto del VIH y el sida. La Recomendación establece que no se deberían realizar pruebas del VIH de manera obligatoria para efectos de empleo, y que los resultados de las pruebas del VIH (voluntarias) deben ser confidenciales y no poner en peligro el acceso al trabajo, los puestos con titularidad, la seguridad del trabajo y las oportunidades de ascenso. Estipula además que los empleadores tienen la obligación de respetar la privacidad de los trabajadores y mantener la confidencialidad de los datos personales, incluidos los datos médicos, relacionados con el estado serológico respecto del VIH de los trabajadores, sus familias y personas a su cargo. Además, los trabajadores no deberían estar obligados a divulgar información sobre su propio estado serológico respecto del VIH ni el de ninguna otra persona.

Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)

Párrafo 3

«h) Los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo deberían gozar de una protección de su vida privada, incluida la confidencialidad en relación con el VIH y el sida, en particular por lo que se refiere a su propio estado serológico respecto del VIH;

i) no se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH.»

Párrafo 14

Deberían adoptarse medidas en el lugar de trabajo o a través de él para reducir la transmisión del VIH y mitigar sus repercusiones, que permitan:

«g) velar por la confidencialidad efectiva de los datos personales, incluidos los datos médicos.»

Este módulo examinará el enfoque que los tribunales nacionales les han dado a los temas de la confidencialidad y las pruebas obligatorias de detección del VIH.

Privacidad y confidencialidad

En 1988 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó el derecho a la privacidad establecido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. El comité aclaró que la recopilación y la conservación de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por parte de autoridades públicas o de particulares o entidades privadas, deben estar reglamentadas por la ley y que dicha información nunca debe utilizarse para fines incompatibles con el pacto. Esto impediría el uso de dicha información para propósitos de discriminación en el empleo, lo cual está prohibido por el artículo 26 del pacto⁶⁷.

Cuando no se respetan los derechos de privacidad, los trabajadores VIH-positivos podrían ser objeto de estigma y discriminación, lo que crearía un ambiente hostil que en última instancia podría obligarlos a renunciar a su empleo. Los tribunales nacionales han sostenido que, cuando se ha demostrado la existencia de un ambiente, la renuncia de un trabajador podría interpretarse como renuncia forzada. El siguiente caso ilustra este enfoque y proporciona un ejemplo del daño que puede producir la divulgación de la condición de un trabajador, sobre todo en un entorno de trabajo donde predomine el estigma relacionado con el VIH.

País: Canadá

Tribunal Canadiense de Derechos Humanos, *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.*, caso núm. TD 14/89, sentencia de 26 de septiembre de 1989

Gilles Fontaine, un hombre VIH-positivo, fue contratado por Canadian Pacific Railroad para trabajar como cocinero de un equipo de operarios del ferrocarril de aproximadamente veinte personas en un campamento en Saskatchewan (Canadá). Cuando reveló su condición de VIH-positivo a un miembro del equipo, la noticia se difundió rápidamente.

La reacción del supervisor del sector contribuyó a crear un ambiente de trabajo hostil: esa mañana se negó a tomar el desayuno, con lo que mostró al resto del grupo que podrían estar en riesgo si comían la comida que el demandante había preparado para ellos. El supervisor también expresó su preocupación por la seguridad de Fontaine y le insinúo que el grupo podría tener una reacción violenta ante la noticia de que él era VIH-positivo.

Estas acciones crearon un ambiente tan hostil que el demandante decidió de inmediato que no podría permanecer más tiempo en el campamento. El Tribunal de Derechos Humanos del Canadá concluyó que, a pesar de que Fontaine no había



⁶⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, Comentario General núm. 16 (Naciones Unidas, Ginebra, 29 de marzo de 1996), HRI/GEN/1/Rev.2.

sido despedido de modo oficial, la atmósfera hostil había tenido el mismo efecto, lo que condujo a la renuncia forzada del demandante debido a la discriminación relacionada con el VIH.

Las obligaciones de los empleadores en relación con la confidencialidad de los datos personales

La OIT ha elaborado directrices para la protección de los datos personales de los trabajadores, incluida la información médica personal. En 1997 se convocó una reunión de expertos para estudiar el tema de la privacidad de los trabajadores, en respuesta a las crecientes preocupaciones sobre la creciente práctica de recopilar, almacenar y difundir datos sobre los trabajadores, incluidos los datos médicos personales. Esta reunión dio como resultado el desarrollo del *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores*, 1997 (conocido como el Repertorio de 1997).

El Repertorio de 1997 se ocupa de la utilización de los datos personales de los trabajadores y su objetivo es salvaguardar la dignidad de los mismos y proteger sus derechos fundamentales a la privacidad.

La sección 6.7 del *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores*, de 1997, demanda la estricta protección de la información médica personal de los trabajadores:

Sólo deberían recabarse datos médicos de conformidad con la legislación nacional, el respeto del secreto médico y los principios generales de la salud y seguridad en el trabajo, y únicamente cuando se precisen para:

- a) determinar si el trabajador puede ocupar un puesto de trabajo específico;
- b) cumplir con los requisitos en materia de salud y seguridad en el trabajo;
- c) determinar el derecho a prestaciones sociales y su disfrute.

La Recomendación núm. 200 incorpora los principios del Repertorio de 1997.

El párrafo 27 de la Recomendación núm. 200 establece que:

«[...] no deberían exigir a los trabajadores, con inclusión de los trabajadores migrantes, las personas que buscan un empleo y los solicitantes de empleo, que revelen información personal relativa al VIH sobre sí mismos o sobre terceros. El acceso a esa información debería regirse por normas de confidencialidad compatibles con lo dispuesto en el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, 1997, y en otras normas internacionales pertinentes sobre la protección de datos personales».

Las pruebas obligatorias de detección del VIH

Los solicitantes de empleo pueden ser obligados a someterse a pruebas del VIH antes de la contratación o para poder ingresar a una ocupación en particular. Los trabajadores ya empleados pueden ser obligados a someterse a una prueba del VIH como condición para la permanencia en el empleo. Los solicitantes de empleo o los trabajadores también pueden estar sujetos a prácticas selectivas (*screening*) orientadas a la determinación de su estado serológico respecto del VIH mediante preguntas invasivas en entrevistas o una solicitud de información con respecto a los medicamentos utilizados.

Un argumento comúnmente planteado para justificar las pruebas obligatorias de detección del VIH es que hacerlo protegería los intereses de salud pública. De hecho, las pruebas obligatorias no protegen ni a los compañeros de trabajo ni al público en general.

En primer lugar, el VIH solo se puede transmitir por modos específicos descritos en el módulo 1 (transmisión sexual, contacto con la sangre o los productos sanguíneos y la transmisión de madre a hijo). Por lo tanto, la presencia de una persona con VIH no representa amenaza alguna a la seguridad de otros. Por esta razón, en el contexto de las medidas de seguridad y salud en el trabajo, la Recomendación establece que:

El párrafo 33 de la Recomendación núm. 200 establece que:

«Las medidas de sensibilización deberían recalcar que el VIH no se transmite por simple contacto físico y que la presencia de una persona que vive con el VIH no debería considerarse un peligro en el lugar de trabajo».

En segundo lugar, las pruebas obligatorias de detección del VIH no se justifican con el argumento de que representa un interés de salud pública, dadas las limitaciones inherentes a la pruebas en sí:

- La prueba del VIH puede no detectar el virus si la infección es reciente. Como se señaló en el módulo 1, la mayoría de pruebas de VIH detectan la presencia de anticuerpos contra el VIH, no el virus en sí. Puede pasar algún tiempo para que el sistema inmunitario produzca suficientes anticuerpos para que la prueba detecte el VIH; el periodo de tiempo varía de una persona a otra (entre dos y ocho semanas). Este periodo se conoce comúnmente como el *periodo silente*, durante el cual las personas puede ser muy infecciosas y, sin embargo, no estar conscientes de su condición. Una prueba del VIH realizada durante este periodo silente producirá un falso negativo.
- La prueba determinará el estado serológico respecto del VIH solo en el momento en que se realiza la prueba. Un trabajador que obtenga un resultado negativo un día podría resultar positivo al día siguiente.

Por esta razón, un enfoque más eficaz para la prevención del VIH en el trabajo es promover el uso de precauciones estándar (como se describe en el módulo 1), que actúan como una barrera para evitar la transmisión del VIH. Este enfoque se complementa con la creación entornos de trabajo no discriminatorios en los que se respeten los derechos laborales de las personas que viven con el VIH o el sida o están afectadas por estos. En tal ambiente, se puede alentar a los trabajadores, como parte de una estrategia eficaz de prevención del VIH en el lugar de trabajo, a que conozcan su estado serológico respecto del VIH mediante asesoría y pruebas voluntarias y confidenciales de detección del VIH. Este enfoque no solo protege la salud de los trabajadores, quienes podría consecuentemente tomar las medidas adecuadas y buscar tratamiento en caso de dar positivos, sin que también contribuye a la prevención de la propagación del virus. Una vez que una persona conoce su condición puede tomar precauciones para prevenir la transmisión sexual. Por otra parte, una vez que el trabajador está tomando un tratamiento antirretroviral eficaz para reducir la carga viral, el riesgo de transmisión a otras personas se reduce.

La Recomendación núm. 200 establece inequívocamente que no se deberían exigir prueba del VIH ni otras formas indirectas de detección (párrafo 3, apartado *i*), y párrafos 24 y 25). Este principio se basa en los principios fundamentales ya establecidos en el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA*, 2001, y las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos* de ACNUDH/ONUSIDA, 2006⁶⁸.

Las pruebas obligatorias y otras formas indirectas de detección son discriminatorias si se utilizan para identificar a las personas VIH-positivas para efectos de empleo. Además, aun cuando los trabajadores hayan aceptado someterse a la prueba, posiblemente no se les haya pedido su consentimiento informado, o el consentimiento no haya sido otorgado libremente, sobre todo teniendo en cuenta las relaciones de poder desiguales entre empleador y empleado. En algunos casos, los trabajadores podrían ser sometidos a pruebas del VIH como parte de exámenes médicos en el lugar de trabajo, pero sin saber que las pruebas incluían detección del VIH. Los empleadores podrían luego utilizar los resultados positivos de las pruebas de manera discriminatoria y al solicitante de empleo o al trabajador se le podría negar un empleo sin informárseles de la verdadera razón. A fin de evitar la discriminación y de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT, 1958 (núm. 111), los exámenes médicos para fines de empleo solo deberían evaluar la aptitud para llevar a cabo las tareas inherentes a un determinado trabajo.

⁶⁸ Véase ACNUDH/ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrafo 20 *b*).

OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III (4B), 83.ª reunión, Ginebra, 1996, párrafo 255

«[...] el estado de salud se considera aún *a priori* como un elemento esencial de la relación de trabajo. En realidad, no se lo debería tener en cuenta en forma automática, sino tan sólo en la medida en que lo requieran las exigencias específicas de un empleo determinado cuando afecte el derecho de acceder a un empleo, o a las condiciones de trabajo en la relación laboral».

El párrafo 26 de la Recomendación núm. 200 establece que los resultados de las pruebas del VIH deben ser confidenciales y no poner en peligro el acceso al empleo, la permanencia en el mismo, la seguridad en el empleo o las oportunidades de promoción. Además, la falta de respeto de la confidencialidad de los resultados de las pruebas también hará que los trabajadores estén reacios a hacer uso de los servicios voluntarios de pruebas, por temor a que un resultado positivo podría provocar el despido o dar lugar a otras consecuencias negativas.

Numerosos tribunales han sostenido que someter a los trabajadores a pruebas obligatorias de detección del VIH constituye una violación de sus derechos fundamentales.

País: Zambia

Tribunal Superior de Livingstone, *Kingaipe y otros v. Zambia Air Force (ZAF)*, caso núm. 2009/HL/86, sentencia de 27 de mayo de 2010

Stanley Kingaipe y Charles Chookole se unieron a la Fuerza Aérea de Zambia (ZAF) entre junio y julio de 1989, respectivamente. Entre 2001 y 2002 ambos fueron sometidos a exámenes médicos obligatorios sin que se les informara que estaban siendo sometidos a pruebas del VIH. Los hombres resultaron VIH-positivos y se les recetaron medicamentos antirretrovirales (ARV). Sin embargo, según su testimonio, no se les informó acerca de su condición de VIH-positivos, ni se les brindó asesoramiento sobre la naturaleza de los medicamentos que recibían. Ambos fueron destituidos en octubre de 2002.

Ambos demandaron a la ZAF, alegando violaciones de sus derechos constitucionales de estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la libertad, la vida privada, y libres de discriminación, por someterlos obligatoriamente a pruebas del VIH y a un tratamiento sin su conocimiento, y a despedirlos únicamente debido a su condición de VIH-positivos.

El tribunal concluyó que los dos demandantes fueron sometidos a pruebas del VIH sin su consentimiento informado, lo que violaba su derecho a la privacidad y a no ser objetos de tratos inhumanos y degradantes, y se les otorgó una indemnización. Luego de una revisión de la historia clínica de los dos demandantes y del efecto de



su salud en su capacidad para trabajar, el tribunal concluyó que el despido por parte de la ZAF se fundó en la condición médica de los demandantes y no en su estado serológico respecto del VIH.

País: Nigeria

Tribunal Superior del Estado de Lagos, *Georgina Ahamefule v. Imperial Medical Centre y Dr. Alex K. Molokwu*, caso núm. ID/1627/2000, sentencia de 27 de septiembre de 2012

La demandante había sido contratada por el centro médico demandado (D1) como auxiliar de enfermería desde su creación por el segundo demandado en 1989. En 1995, estando embarazada, desarrolló forúnculos y buscó tratamiento por parte del médico demandado (D2), que llevó a cabo las correspondientes pruebas de diagnóstico, pero no le reveló la naturaleza ni los resultados de las pruebas a la demandante. En cambio, fue puesta en licencia médica por dos semanas. El D2 remitió a la demandante a un segundo hospital para que le realizaran exámenes adicionales. Allí tanto a ella como a su marido se les pidieron muestras de sangre. No se les comunicó el motivo de la solicitud. Posteriormente, el segundo hospital le informó a la demandante que había dado positivo por VIH. Los demandados dieron por terminada su relación laboral. Tras sufrir un aborto espontáneo, los demandados le negaron atención médica debido a su estado serológico respecto del VIH.

La demandante solicitó que se declarara que su despido debido a su estado serológico respecto del VIH era discriminatorio e ilegal. También alegó que había sido sometida a agresión ilegal, dado que los demandados la habían sometido a pruebas del VIH sin su conocimiento ni su consentimiento informado. Ella también alegó que la negación de atención médica por parte de los demandados debido a su estado serológico respecto del VIH constituía una violación de su derecho fundamental a la salud.

No se niega que la demandante haya sido despedida debido a su estado VIH-positivo, sin embargo, los demandados alegaron que el despido estaba justificado porque la condición de la demandante representaba un riesgo para el personal y los pacientes del hospital. El tribunal rechazó este argumento y concluyó que, como enfermera auxiliar, la demandante no representaba un riesgo para el personal del hospital ni para los pacientes. El tribunal concluyó que el despido se «basó en la malicia y la extrema mala fe». Por otra parte, el tribunal consideró que los demandados habían cometido una acción ilegal al someter a la demandante a la prueba del VIH sin su consentimiento informado. El tribunal también sostuvo que «negarle asistencia médica a la demandante como consecuencia de su condición de VIH-positiva constituyó una violación flagrante del derecho a la salud garantizado por [...] la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos [...] las leyes de la Federación de Nigeria y [...] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».

Como parte de las reparaciones judiciales otorgadas en casos de discriminación relacionada al VIH, los tribunales nacionales también han instruido a los empleadores para poner fin a la práctica de exigir pruebas del VIH.

País: Japón

Tribunal de distrito de Tokio, caso Tokio (Academia de Policía/Hospital de la Policía), casos núm. 12133 (Wa) de 2001 y 20076 (Wa) de 2001, sentencia de 28 de mayo de 2003

El Tribunal de distrito de Tokio emitió un fallo a favor de un demandante a quien se le había obligado a someterse a una prueba del VIH y que fue expulsado del cuerpo de policía de Tokio cuando la prueba reveló su condición de VIH-positivo. Como parte de la reparación judicial otorgada, el tribunal ordenó al empleador a abandonar la práctica de exigir pruebas del VIH.

La negativa a someterse a pruebas del VIH

Los tribunales han afirmado el principio de que un trabajador no puede ser despedido por negarse a someterse a pruebas del VIH.

País: Botswana

Tribunal Laboral de Botswana, *Diau v. Botswana Building Society*, caso IC núm. 50/2003, sentencia de 19 de diciembre de 2003

La demandante, una empleada de la empresa Botswana Building, fue despedida tras negarse a someterse a una prueba del VIH. Ella solicitó la reincorporación e indemnización por despido injustificado y humillación. El tribunal concluyó que la demandante fue despedida por haberse negado a someterse a una prueba del VIH obligatoria tras la contratación. Sostuvo que la demandante tenía derecho a desobedecer la orden de someterse a la prueba, ya que era «irracional e irrazonable en la medida en que no se puede afirmar que tal prueba esté relacionada con los requisitos inherentes al puesto de trabajo».

Si bien no se demostró que la demandante había sido despedida a causa de su estado serológico real o supuesto respecto del VIH, el tribunal consideró que el derecho de la demandante a vivir libre de trato inhumano y degradante, había sido infringido. El tribunal sostuvo que «castigar a una persona por negarse a aceptar una violación de su privacidad o de su integridad corporal es humillante, indigno, degradante e irrespetuoso hacia el valor intrínseco del ser humano». El tribunal observó que esta conclusión estaba especialmente justificada en el contexto del VIH y el sida, «donde incluso la más remota sospecha de tener VIH/SIDA puede generar inmensos prejuicios, ostracismo y estigmatización». El tribunal ordenó al empleador a reincorporar a la demandante y concedió una indemnización equivalente a cuatros meses de salario.

País: Costa Rica

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *XX v. Centro Nacional de Rehabilitación (CENARE)*, caso núm. 09-007890-0007-CO, sentencia de 29 de enero de 2010

El demandante fue contratado para trabajar como asistente de médicos en el servicio de neurología del Centro Nacional de Rehabilitación (CENARE), una institución médica que forma parte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Poco después de su contratación, el demandante se sometió a un examen médico realizado por una médica empleada por el CENARE. La médica le dio instrucciones al demandante para que se sometiera a una serie de pruebas, incluida la prueba del VIH. Cuando él se negó a someterse a la prueba, señalando que las pruebas obligatorias de detección del VIH estaban prohibidas por la legislación costarricense, la médica supuestamente respondió que de todos modos debía hacerse la prueba. Ella supuestamente señaló que, como asistente de un médico, él estaba obligado a estar en buena salud, dado que iba a ocuparse de pacientes enfermos. La médica supuestamente declaró que una persona VIH-positiva no estaba en buenas condiciones de salud y que, por lo tanto, no podía trabajar con pacientes del CENARE. El demandante se negó a someterse a la prueba y reveló que era VIH-positivo. Tras este intercambio, el demandante abandonó su empleo y presentó un recurso de amparo en el que alegó discriminación ilegal.

La Corte Suprema de Costa Rica falló a favor del demandante, al considerar que el CENARE había violado la legislación nacional al exigirle al demandante presentarse a una prueba del VIH como condición para su empleo. La Corte le otorgó al demandante un indemnización compensatoria que incluyó salarios perdidos, y ordenó al CENARE a abstenerse de realizar pruebas obligatorias de detección del VIH en violación de la legislación nacional.

Pruebas del VIH voluntarias y confidenciales

La adopción y aplicación de medidas de protección contra las pruebas obligatorias y otras formas de detección para efectos de empleo no niega la necesidad de alentar a las personas a hacerse la prueba del VIH de manera voluntaria y confidencial, junto con asesoramiento previo y posterior a la prueba, como parte de las actividades generales de prevención del VIH. El *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA* establece que las pruebas del VIH no deben realizarse en el lugar de trabajo, excepto por lo especificado en tres situaciones específicas:

- las pruebas *voluntarias* por iniciativa propia del trabajador, siempre que las realicen personas debidamente cualificadas y en condiciones de estricta confidencialidad, precedidas por el consentimiento informado por escrito y acompañadas de asesoramiento previo y posterior a la prueba;
- vigilancia epidemiológica, siempre y cuando sea *anónima* y se lleve a cabo de conformidad con los principios éticos de investigación científica y de la protección de los derechos individuales y la confidencialidad, y

- por seguir un riesgo de *exposición ocupacional* al material potencialmente infectado.

La Recomendación núm. 200 incluye la orientación y las pruebas voluntarias y confidenciales como componentes esenciales de programas eficaces de prevención del VIH en el lugar de trabajo.

El párrafo 16 de la Recomendación núm. 200 establece que:

«Los programas de prevención deberían garantizar [...]

d) Medidas para alentar a los trabajadores a que conozcan su estado serológico respecto del VIH a través de orientación y pruebas de detección voluntarias».

La mayoría de las leyes generales sobre el sida y algunas de las leyes laborales que abarcan la temática del VIH y el sida en el lugar de trabajo contienen secciones específicas referentes a las pruebas obligatorias y voluntarias. La mayoría simplemente prohíbe las pruebas obligatorias. Otras establecen una prohibición general, pero luego especifican excepciones en circunstancias específicas. Por ejemplo, las excepciones previstas por las legislaciones nacionales suelen prever la realización de pruebas del VIH en procesos penales tales como casos de violación, o en el contexto de donaciones de sangre u órganos⁶⁹.

Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley General sobre el VIH/SIDA (ley núm. 7.771 del 29 de abril de 1998) de Costa Rica establece excepciones a la prohibición de realizar pruebas obligatorias para la detección del VIH, en los siguientes casos: a) Cuando existan criterios médicos que justifiquen la necesidad de efectuar la prueba exclusivamente para atender la salud del paciente; b) en casos penales y de divorcio, previa orden de la autoridad judicial competente, y c) en casos de donación de sangre, hemoderivados, leche materna, semen, órganos y tejidos. El artículo 14 también establece que cuando la prueba del VIH está autorizada en virtud de cualquiera de las excepciones previstas, los resultados de las pruebas deben ser utilizados en forma confidencial.

Algunos tribunales nacionales también han examinado las circunstancias en que las pruebas del VIH en el lugar de trabajo se justifican en virtud de la legislación laboral nacional. Sudáfrica ofrece un ejemplo de cómo han abordado este tema distintos tribunales.

⁶⁹ Para ejemplos adicionales, véase Jane Hodges, *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the work-place through employment and labour law*, op. cit., págs. 29-33.

País: Sudáfrica

Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Irvin Johnson Ltd. v. Trawler Line Fishing Union y otros*, caso núm. C1126/2002, sentencia de 17 de diciembre de 2002

Un empleador sudafricano presentó una petición ante el Tribunal de Trabajo de Sudáfrica para solicitar la autorización para realizar pruebas voluntarias y anónimas a sus trabajadores con el fin de evaluar el posible impacto del VIH y el sida en su fuerza de trabajo y para diseñar las respuestas adecuadas y específicas en el lugar de trabajo que facilitarían la prevención eficaz de nuevas infecciones por el VIH. Los sindicatos que representaban a los trabajadores presentaron peticiones en las que confirmaban que no se oponían a la petición en las circunstancias dadas. El tribunal accedió a la petición y autorizó la realización de las pruebas. El tribunal consideró los criterios establecidos en la legislación nacional concernientes a las pruebas del VIH y concluyó que si un empleador pretendía realizar pruebas tanto voluntarias como anónimas con el fin de tomar las medidas apropiadas para hacer frente a la epidemia en el lugar de trabajo, estas pruebas estarían justificadas.

Véase también Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Joy Mining Machinery (Harnischfeger) (SA) (Pty) Ltd. v. National Union of Metalworkers of SA y otros*, caso núm. J 158/02, sentencia de 31 de enero de 2002.

Puntos de discusión

1. ¿Existen protecciones legislativas vigentes en su país que salvaguarden los derechos a la privacidad de los solicitantes de empleo y los trabajadores?
2. ¿Las pruebas obligatorias de detección del VIH para fines laborales están prohibidas en su jurisdicción? Si es así, ¿cumplen estas protecciones todos los criterios establecidos en la Recomendación núm. 200 de la OIT?
3. ¿Ha adoptado su país medidas legislativas para proteger a los trabajadores y a los solicitantes de empleo contra prácticas de detección discriminatorias en relación con el empleo?

Módulo 8: La igualdad de género y la epidemia del VIH

Se estima que la mitad de todos los adultos que viven con el VIH en el mundo son mujeres. Las epidemias de VIH evolucionan de manera diferente en diversas regiones del mundo, y el papel del género y la sexualidad varía entre las epidemias. Sin embargo, en todas las regiones las desigualdades de género aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a la infección por el VIH. Al mismo tiempo, los roles de género estereotipados también aumentan el riesgo de infección por el VIH en hombres y niños.

ONUSIDA: Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de SIDA, 2012, pág. 70

«Cuanto menor es el poder socioeconómico y político de la mujer, como las desigualdades en el acceso a la educación y el empleo, y la violencia o el miedo a sufrirla, mayor es su vulnerabilidad fisiológica al VIH. Debido a los desequilibrios en el poder socioeconómico entre hombres y mujeres y las consecuentes limitaciones en el acceso a los servicios, muchas mujeres y niñas no tienen apenas capacidad para negociar las prácticas sexuales, insistir en el uso del preservativo o tomar medidas para protegerse a sí mismas del VIH.

Las normas de género también aumentan la vulnerabilidad de los hombres al virus al incitarles a adoptar comportamientos de alto riesgo y desalentarles a la hora de buscar servicios de salud sexual o de reconocer su falta de conocimientos sobre el VIH. Además, el estigma y la discriminación que sufren las personas transgénero las hace especialmente vulnerables al virus y les dificulta el acceso a servicios relacionados con el VIH y medios de subsistencia seguros.»

Este módulo se centra en el tema de la igualdad entre mujeres y hombres trabajadores. Sin embargo, las dimensiones de género de la epidemia se extienden más allá de problemas relativos a diferencias entre hombres y mujeres. Los principales grupos vulnerables y en situación de riesgo en las epidemias nacionales incluyen a hombres que tienen sexo con hombres y a personas transgénero y transexuales. La discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género es predominante en muchos países y, a menudo, está vinculada a la discriminación relacionada con el VIH. (Estos temas se abordarán en el módulo 9.) Sin embargo, antes de pasar al tema de las desigualdades entre hombres y mujeres, es útil distinguir entre los conceptos de sexo y género.

La distinción entre sexo y género

- El término *sexo* se refiere a los atributos físicos biológicos y universales de los hombres y las mujeres.
- *Género* se refiere a los roles, las responsabilidades y las relaciones de poder construidas socialmente entre mujeres y hombres y niñas y niños, sobre la base de su sexo. Los roles y las responsabilidades basadas en el género cambian a lo largo del tiempo y pueden variar debido a otros factores cruciales como el origen étnico, la clase económica, la religión y la edad. El concepto de género también abarca las normas, las creencias y las prácticas relativas a los comportamientos que se consideran *masculinos* y *femeninos*⁷⁰.
- Las actitudes y los comportamientos basados en el género también aumentan la vulnerabilidad de los hombres y los niños, sobre todo al fomentar las conductas que los exponen al riesgo de infección por VIH. Por ejemplo, se crea la expectativa de que los hombres y los niños deben ser fuertes y mostrar un comportamiento dominante, y se les puede disuadir de mostrar sus emociones. Las percepciones relativas a los comportamientos *masculinos* frecuentemente impulsan a los hombres y los niños a demostrar su virilidad mediante conductas riesgosas, las cuales pueden incluir el sexo sin protección con múltiples parejas sexuales. Estos comportamientos aumentan el riesgo de infección por VIH⁷¹. Las expectativas basadas en el género también dificulta que los hombres y los niños busquen información sobre el VIH y el sida, lo que limita su acceso a la información sobre prevención, incluida la información sobre el uso de preservativos para la prevención del VIH.
- El concepto de género también incluye a las personas transgénero. Este grupo incluye a hombres y mujeres que se identifican con un género que no corresponde con su sexo. Por tanto, su identidad de género puede colocarlos en conflicto con las normas de género vigentes en la sociedad y la cultura en que viven. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género es frecuente, y las personas transgénero a menudo enfrentan acoso y violencia, incluso en el lugar de trabajo⁷².

⁷⁰ OIT, *Guide to mainstreaming gender in workplace responses to HIV and AIDS* (Ginebra, 2011), pág. 5.

⁷¹ A. Cruz y S. Klinger, *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, Oficina para la Igualdad de Género, ILO Working Paper 3 (Ginebra, 2011), pág. 21.

⁷² Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 20, op. cit.*, párrafo 32.

Las dimensiones de género relacionadas con el VIH y el sida

La mayor vulnerabilidad de las mujeres y las niñas

En el África Subsahariana, la región más gravemente afectada por la epidemia del VIH, más mujeres que hombres viven con el VIH. Según el *Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de SIDA*, 2012, aproximadamente el 58 por ciento de las personas que viven con el VIH en esta subregión son mujeres⁷³. En varios países de esta región, las mujeres jóvenes (de 15 a 24 años) tienen una probabilidad hasta ocho veces mayor de infectarse con el VIH que los hombres jóvenes. En el Caribe las mujeres jóvenes tienen más del doble de probabilidad de infectarse con el VIH que sus homólogos masculinos⁷⁴.

Las desigualdades de género también obstaculizan el acceso a los servicios relacionados con el VIH. Mientras que las mujeres y las niñas se enfrentan a barreras de acceso debido a la desigualdad, las normas de género también disuaden a los hombres del acceso a los servicios de salud necesarios, incluidas las pruebas y el tratamiento del VIH.

ONUSIDA: Informe mundial: Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de SIDA (Ginebra, 2012) pág. 71:

«Las evaluaciones participativas que dirigió ONUSIDA sobre las barreras relacionadas con el género que socavan el acceso a servicios para evitar que los niños contraigan la infección por el VIH pusieron de relieve las repercusiones negativas de las desigualdades de género. Las mujeres que participaron en el estudio citaron su falta de poder para tomar decisiones y de acceso a recursos, el miedo a sufrir violencia y ser abandonadas, y las posiciones culturales con respecto al sexo, el embarazo y el VIH como barreras significativas para acceder a los servicios.

[...]

Asimismo, las normas de género sobre masculinidad desalientan a los hombres a la hora de buscar ayuda y admitir que están enfermos. Habitualmente, los hombres se realizan pruebas del VIH en menor medida que las mujeres [...]. El acceso desproporcionadamente insuficiente de los hombres a la terapia antirretrovírica se ha documentado en África meridional y en numerosos países, entre ellos Kenya, Malawi, Sudáfrica y Zambia».

Factores biológicos de riesgo

Desde una perspectiva biológica las mujeres también son más vulnerables a la infección por VIH. El mayor riesgo biológico de infección por VIH que enfrentan las

⁷³ ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, *op. cit.*, pág. 70.

⁷⁴ ONUSIDA, *Informe mundial: Informe de ONUSIDA sobre la epidemia mundial de sida* (Ginebra, 2010), pág. 130.

mujeres y las niñas se compone por las desigualdades de género, que en muchos países las coloca en papeles subordinados en la sociedad en su conjunto y en sus relaciones individuales. Estas desigualdades a menudo comportan que las mujeres y las niñas deben llevar sobre sus hombros una carga más pesada al enfrentar la epidemia.

Las desigualdades sociales, económicas y jurídicas hacen que las mujeres y las niñas sean más vulnerables al VIH

- Las normas sociales de género relativas a los comportamientos *femenino* y *masculino* condicionan en gran medida el acceso de las mujeres y los hombres a la información sobre el VIH y a los servicios correspondientes, sus comportamientos sexuales y la forma en que hacen frente a la infección por VIH. La subordinación en los matrimonios o relaciones reduce la capacidad de las mujeres y las niñas para protegerse de la infección por VIH mediante la negociación del uso del condón o al negarse a tener sexo, especialmente sexo inseguro. Ellas enfrentan una mayor violencia a manos de sus parejas por solicitar el uso del condón, por recurrir a orientación y a pruebas voluntarias de detección del VIH y por negarse a tener sexo en o fuera del matrimonio⁷⁵.
- La conformidad con los roles de género tradicionales que hacen a las mujeres depender de los hombres, tanto social como económicamente, disuaden a las mujeres de acceder a los servicios de salud relacionados con el VIH. Los estudios realizados entre mujeres del África Subsahariana mostraron que el miedo a la reacción negativa de la pareja, incluido el abandono, la violencia, el rechazo, la pérdida de apoyo económico y las acusaciones de infidelidad fueron las barreras más comúnmente reportadas para la realización de pruebas del VIH y la revelación del estado serológico respecto del VIH⁷⁶.
- La desigualdad de género en el empleo contribuye a la desventaja económica de las mujeres. Por ejemplo, las mujeres tienen mayor probabilidad de estar desempleadas, predominan en el empleo a tiempo parcial y el empleo informal, pasan más tiempo en trabajos de cuidado no remunerado, y ganan menos que los hombres por trabajos de igual valor⁷⁷. Las mujeres pueden ser objeto de discriminación por motivo de embarazo o como consecuencia de sus responsabilidades familiares, lo que produce un menor acceso a puestos de trabajo o la pérdida del empleo. Los roles de género aceptados en ciertas sociedades también excluyen efectivamente a las mujeres y las niñas del acceso a determinadas profesiones.
- Las leyes y prácticas discriminatorias en materia de tenencia de tierras, la herencia, el matrimonio y el divorcio, aumentan la marginación económica

⁷⁵ ONUSIDA, *Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida* (Ginebra, 2008).

⁷⁶ ONUSIDA, *HIV in Asia and the Pacific: Getting to Zero* (Ginebra, 2011).

⁷⁷ ONU Mujeres/OIT, *Decent work and women's economic empowerment: Good policy and practice*, Policy Brief (Nueva York, 2012).

de las mujeres y pueden disuadirlas de abandonar relaciones abusivas. Cuando las mujeres tienen limitadas opciones para mantenerse a sí mismas, es más probable que permanezcan en relaciones en las que tienen poca o ninguna capacidad para negociar tener relaciones sexuales más seguras, en particular el uso del condón. Las investigaciones sobre comunidades empobrecidas en diferentes regiones de todo el mundo sugieren que las mujeres asumen altos riesgos sexuales a cambio de la obtención de medios de vida para ellas y sus familias⁷⁸. Algunas son obligadas a mantener relaciones sexuales transaccionales sin protección a cambio de dinero, comida o vivienda⁷⁹.

- En algunos países las prácticas tradicionales perniciosas tales como el sistema de la dote, el matrimonio intergeneracional, el sexo seco, la herencia de esposas y la purificación de las viudas, también facilitan la propagación del VIH⁸⁰. La violencia doméstica, la violación y la agresión sexual, así como otras formas de violencia de género también aumenta el riesgo de las mujeres a la exposición al VIH.

El VIH y el sida tienen un impacto desproporcionado en las mujeres y las niñas

No solo son las mujeres y las niñas más vulnerables a la infección por el VIH, sino que también se ven desproporcionadamente afectadas por el VIH o el sida en comparación con los hombres. Por ejemplo, las mujeres y las niñas son más propensas a asumir la tarea de cuidar a miembros de la familia que sufren de enfermedades relacionadas con el VIH, y pueden verse obligadas a dejar el trabajo o la escuela debido a estas responsabilidades. A su vez, esto reduce sus oportunidades de educación y empleo.

Violencia de género

La desigualdad de género y la violencia contra las mujeres están estrechamente relacionadas. La desigualdad facilita la violencia de género, y a su vez la violencia refuerza las desigualdades existentes. La violencia contra las mujeres es tanto un factor de riesgo para contraer VIH como una consecuencia de ser identificadas como VIH-positivas. La violencia doméstica, la violación, la agresión sexual y otras formas de violencia de género también aumentan el riesgo de las mujeres a la exposición al VIH.

⁷⁸ M. Gysels, R. Pool y B. Nnalusiba, «Women who sell sex in a Ugandan trading town: Life histories, survival strategies and risk», en *Social Science and Medicine*, 2002, vol. 54, núm. 2, págs. 179-192.

⁷⁹ Banco Mundial, *The gender and legal dimensions of HIV/AIDS: Women's access to justice and the role of the judiciary* (Washington, 2005).

⁸⁰ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, op. cit., párrafos 30-34.

OMS/ONUSIDA: *Addressing violence against women and HIV/AIDS: What works?*, Ginebra, 2010, pág. 9

Estudios realizados en África y Asia han demostrado que las mujeres que experimentan violencia son más propensas a ser VIH-positivas. Por ejemplo, un estudio realizado en Rwanda mostró que las mujeres que habían sido forzadas sexualmente por sus parejas masculinas tenían una probabilidad de un 89 por ciento mayor a ser VIH-positivas. En la República Unida de Tanzania, las mujeres menores de 30 años que habían sufrido violencia por parte de su pareja tenían diez veces mayor probabilidad de ser VIH-positivas; y un estudio de más de 28 000 mujeres casadas en la India determinó que las mujeres que habían sufrido violencia tenían tres veces mayor probabilidad de ser VIH-positivas que las que no habían experimentado violencia. Las mujeres jóvenes están especialmente en riesgo. Según el *Informe de ONUSIDA para el día mundial del sida* (2011), la frecuencia de una primera relación sexual forzada entre adolescentes menores de 15 varía entre el 11 y el 48 por ciento a escala mundial.

Las mujeres que revelan su condición de VIH-positivas también enfrentan un mayor riesgo de violencia por parte de sus cónyuges o parejas. Un estudio realizado entre las mujeres en Europa y Asia Central reveló que un tercio de las mujeres que revelaron su condición de VIH-positivas a sus parejas experimentó violencia doméstica⁸¹. La violencia contra las niñas aumenta en gran medida su riesgo de infección por VIH.

Barreras para el acceso a la atención médica

En muchos países las mujeres también enfrentan obstáculos para tener acceso a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva. Cuando existen niveles altos de desigualdad de género, las mujeres pueden tener oportunidades limitadas –o no tenerlas del todo– para tomar decisiones informadas acerca de su atención médica, sobre todo si sus parejas masculinas las disuaden de recurrir a esos servicios. Esto dificulta su capacidad para realizarse pruebas del VIH o –si ya son VIH-positivas– buscar el tratamiento necesario para garantizar la prevención de la transmisión de madre a hijo.

Incluso cuando tienen acceso a servicios de salud, es posible que, como resultado de la estigmatización, a las mujeres que viven con el VIH se les recomiende no tener hijos o que sean coaccionadas a someterse a procedimientos de esterilización⁸². Estas actitudes cumplen una función importante al disuadir a las mujeres de obtener información y servicios necesarios relativos a la prevención y el tratamiento del VIH.

⁸¹ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, op. cit., párrafo 40.

⁸² *Ibid.*, párrafo 32.

País: Namibia

Tribunal Supremo de Namibia, *el Gobierno v. LM, MI, NH*, caso núm. SA 49/2012, sentencia de 3 de noviembre de 2014

El Tribunal examinó el caso consolidado de tres mujeres embarazadas y viviendo con el VIH que habían sido sometidas a procedimientos de esterilización después de haber firmado – mientras estaban en pleno proceso de parto – un formulario indicando que aceptaban ser esterilizadas. Originalmente, este caso consistía en tres quejas que habían sido presentadas independientemente una de la otra en que las mujeres alegaron: *a)* que les habían realizado los procedimientos de esterilización durante el parto sin su consentimiento informado; y *b)* que las esterilizaciones se realizaron como parte de una práctica ilícita de discriminación en su contra, debido a su estado serológico respecto del VIH. Los tres casos compartían elementos en común, de hecho y derecho, y por ello fueron consolidados y examinados juntos. El Tribunal Supremo rechazó la queja por discriminación, considerando que no había pruebas suficientes para apoyar una conclusión sobre esta cuestión (párrafo 2).

Haciendo referencia a los derechos enumerados en la Constitución de Namibia, incluyendo el derecho a la dignidad (artículo 8(1)), el derecho a la integridad física (artículo 8(2) (b)), así como el derecho a formar una familia (artículo 14(1)), el Tribunal observó que «la decisión de ser o no esterilizada tiene una gran importancia personal [...] y debe ser tomada a través de un consentimiento informado, y no a través de un mero consentimiento escrito. Un consentimiento informado implica una comprensión y una apreciación de los propios derechos y riesgos, de las consecuencias y las alternativas disponibles para la paciente. Un individuo debe igualmente tener la posibilidad de tomar una decisión sobre la esterilización de manera libre y voluntaria» (párrafo 3).

Al examinar las pruebas presentadas, el Tribunal observó que era «esencial determinar si las demandantes habían tenido la capacidad intelectual y emocional para dar un consentimiento informado, dadas las circunstancias especiales en que se encontraban en el momento de firmar los formularios para el consentimiento» (párrafo 100).

El Tribunal observó que se debería haber ofrecido a las querellantes la oportunidad de decidir si firmar o no el formulario de consentimiento cuando estuvieran en un estado mental en condiciones normales y sin la influencia de circunstancias, como los dolores del parto, que pudieran afectar su decisión. A la luz de las pruebas presentadas, que demostraban que se había solicitado el consentimiento de las mujeres para la esterilización mientras estaban con dolor y en la culminación del proceso de parto, el Tribunal concluyó que, dadas las circunstancias, no se podía considerar que las demandantes habían otorgado un consentimiento informado en relación con sus respectivos procedimientos de esterilización. El caso se remitió al Tribunal Superior para determinar la cuestión de daños y perjuicios.

La acción de la OIT: promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres

Desde su creación, la OIT ha promovido el principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación para las mujeres trabajadoras y los hombres trabajadores.

Anexo a la Constitución de la OIT: Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944 (Declaración de Filadelfia), parte II

«La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social, afirma que:

a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.»

Como parte de su estrategia global de promoción de este principio, la OIT ha adoptado dos convenios fundamentales, que han sido ratificados por la mayoría de Estados Miembros de la OIT. El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), establece que los trabajadores y las trabajadoras deben recibir igual remuneración por trabajo de igual valor; mientras que el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación basada en, entre otras cosas, el sexo. El Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), prohíbe la discriminación contra los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares⁸³.

El *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA* reconoce explícitamente el vínculo entre las desigualdades de género y el VIH, así como la especial importancia de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres para frenar la transmisión del VIH.

La sección 4.3 del *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA* establece que:

«Deberían reconocerse los problemas de género con respecto al VIH/SIDA. Las mujeres están más expuestas que los hombres a la infección y, con frecuencia, resultan afectadas más gravemente que los hombres por la epidemia del VIH/SIDA, debido a razones biológicas, socioculturales y económicas. Cuanto mayor sea la



⁸³ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 786.

discriminación de género en la sociedad y más baja sea la posición de las mujeres en la escala social, más perniciosos serán para ellas los efectos del VIH. Por lo tanto, unas relaciones de género más igualitarias y la potenciación de las mujeres son indispensables para prevenir eficazmente la propagación de la infección por el VIH y para que las mujeres puedan hacer frente al VIH/SIDA».

La Recomendación núm. 200 se basa en el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA*, haciendo hincapié en la importancia de reconocer y enfrentar las dimensiones de género del VIH y el sida en el contexto de la respuesta al VIH.

Preámbulo de la Recomendación núm. 200 de la OIT

«[...] el VIH afecta tanto a los hombres como a las mujeres, si bien las mujeres y las niñas están expuestas a un mayor riesgo y son más vulnerables a la infección por el VIH y se ven afectadas de manera desproporcionada por la pandemia de VIH en comparación con los hombres debido a la desigualdad de género, y de que el empoderamiento de la mujer es, por consiguiente, un factor clave en la respuesta mundial al VIH y el sida.»

El párrafo 14 de la Recomendación contiene disposiciones específicas que exhortan a adoptar medidas en el lugar de trabajo para prevenir la transmisión del VIH y reducir su impacto, entre otras cosas a:

- velar por la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer;
- velar por la prevención y la prohibición de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo;
- promover la participación activa de las mujeres y los hombres en la respuesta al VIH;
- promover la protección de la salud sexual y reproductiva y de los derechos sexuales y reproductivos, y
- velar por la confidencialidad de los datos médicos personales.

Enfrentar los problemas de género de la epidemia del VIH mediante acciones específicas en el lugar de trabajo facilita el desarrollo de estrategias eficaces que atiendan las necesidades y preocupaciones de las mujeres y los hombres con el fin de reducir su vulnerabilidad a la infección y prevenir la propagación del virus.

El papel de los tribunales

La función de los tribunales es esencial para asegurar la aplicación de las leyes nacionales e internacionales que protegen los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Habitualmente se acude a ellos para que examinen los casos de discriminación en el empleo, la herencia, los derechos de propiedad, el divorcio y asuntos relativos a custodia, la violencia doméstica y otras cuestiones pertinentes a la igualdad de género.

Sus decisiones son fundamentales para hacer frente a la discriminación sistémica y a la violencia contra las mujeres y las niñas y para poder aplicar los principios de igualdad de oportunidades y de trato y de igualdad protección bajo la ley. Las decisiones judiciales que reconocen los derechos fundamentales de igualdad apoyan la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo y en muchos otros contextos, como ilustran los siguientes ejemplos⁸⁴.

La igualdad en los tribunales

Las normas probatorias que otorgan al testimonio de testigos femeninos menos peso que al de los testigos varones pueden poner a las mujeres y las niñas en una notable situación de desventaja, lo que aumenta su vulnerabilidad al VIH, sobre todo en casos de agresión sexual. Los tribunales nacionales han defendido el derecho de las mujeres a la igualdad de trato en los procedimientos judiciales y han dejado de lado ese tipo de normas discriminatorias.

País: Namibia

Tribunal Superior de Namibia, *S. v. D. y otro*, 1992 (1) SA 517, sentencia de 4 de octubre de 1991

Este caso consideró una apelación de dos personas que fueron condenadas por violación a tres años de prisión por un juzgado de paz. El juzgado menor se basó en el testimonio de las dos demandantes, que declararon que habían sido llevadas por los acusados a un edificio quemado, donde habían sido violadas. Cada demandante había sido violada por uno de los dos acusados, pero en lugares diferentes. Cada demandante era, por lo tanto, la única testigo de la supuesta violación. Al examinar si las pruebas presentadas apoyaban la conclusión del juzgado menor de culpabilidad más allá de toda duda razonable, el tribunal consideró la norma cautelar tradicional en casos de agresión sexual. La norma cautelar se basa en la suposición de que los testigos que alegan agresión sexual son menos veraces que los testigos que alegan otros delitos, como el robo. El tribunal tomó nota de la jurisprudencia que establece la norma y pidió precaución «en el caso de todas las mujeres que alegan agresiones sexuales» (cit. *R. v. J.*, 1966 (1) SA 88 (SR) en 92A-C)). En *S. v. D.* el tribunal se negó a aplicar la norma cautelar y señaló que la evidencia disponible no apoyaba el argumento de que se presentan más acusaciones falsas en casos de agresión sexual que en otras categorías de delitos. Por otra parte, el tribunal señaló que, mientras que la norma cautelar se aplica a todos los casos de agresión sexual, independientemente del sexo del demandante, en estos casos la gran mayoría de demandantes son mujeres. El tribunal concluyó que la existencia de la norma cautelar que había evolucionado en casos de violación no tenía ninguna base racional y que, de hecho, «la llamada norma cautelar no tiene otra finalidad que la de discriminar a las mujeres denunciantes. La norma [...] se opone al artículo 10 de la Constitución de Namibia, que establece la igualdad de todas las personas ante la ley, sin distinción de sexo».

⁸⁴ Véase también International Association of Women Judges (IAWJ), *The gender and legal dimensions of HIV/AIDS: Women's access to justice and the role of the judiciary*, op. cit.

País: Uganda

Tribunal Superior de Uganda en Kampala, *Uganda v. Peter Matovu*, sesión penal, caso núm. 146 de 2001, sentencia de 21 de octubre de 2002

El imputado Pedro Matovu fue acusado por cargos de corrupción. El tribunal se negó a aplicar la norma de derecho común que dispone que cuando una víctima alega que el acusado cometió un delito sexual en su contra, el Tribunal debe tomar en cuenta la precaución de que es peligroso actuar a partir del testimonio no corroborado de la víctima. El tribunal señaló que la norma discrimina a las mujeres, que son las víctimas más frecuentes de delitos sexuales. Por lo tanto, era incompatible con la Constitución de Uganda y las obligaciones del derecho internacional, en particular el artículo 1 de la CEDAW. El tribunal también señaló que «en virtud del artículo 21 de la Constitución, que proclama la igualdad de todas las personas ante la ley, igual protección de la ley y la prohibición de la discriminación por motivos de sexo, Uganda promulgó simultáneamente el núcleo de los instrumentos internacionales mencionados [...] y por lo tanto Uganda tiene la obligación de aplicar el contenido de esos instrumentos internacionales». El tribunal consideró, por lo tanto, que la norma discriminatoria era inconstitucional y, en consecuencia, nula y sin efecto. El tribunal señaló que la corrupción es un delito muy grave que expone a las jóvenes a la posibilidad de ser infectadas con enfermedades de transmisión sexual y especialmente sida.

La igualdad del derecho de propiedad – Derecho de herencia

Los tribunales nacionales han utilizado el derecho internacional para defender la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en materia de herencia, como en este caso, que tomó en consideración tanto el derecho consuetudinario como el constitucional.

País: Botswana

Tribunal Superior de Botswana, en Gaborone, *Mmusi y otros v. Ramantele y otros*, caso MAHLB-000836-10, sentencia de 12 de octubre de 2012

El tribunal examinó el tema de los derechos de herencia en el derecho consuetudinario, que supuestamente establecía que solo el último hijo hombre podría heredar la casa familiar.

El caso fue presentado por cuatro solicitantes: cuatro hermanas ancianas. Su padre había fallecido 30 años antes que su madre. La madre falleció sin testamento. Las hermanas argumentaron que se les debía permitir heredar la casa de la familia en lugar de cederla a un sobrino (el hijo de un hermanastro de las hermanas).

El Tribunal Superior sostuvo que la aplicación de la norma consuetudinaria violaría la sección 3 de la Constitución de Botswana, que establece el derecho de igual protección ante la ley. En esta decisión, el tribunal tomó en consideración el derecho interno, analizó sentencias comparativas de otras jurisdicciones africanas y los instrumentos internacionales firmados o ratificados por Botswana, incluyendo la



Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas.

En apelación, el Tribunal de Apelaciones de Botswana sostuvo que la casa familiar pertenecía a todos los hijos de los padres fallecidos, afirmando el derecho de las hermanas a heredar la casa familiar. El Tribunal ordenó adicionalmente que las hermanas determinararan quién entre ellas tomaría a cargo la casa familiar a nombre de las otras. Este fallo tuvo el efecto de anular la orden del Tribunal Superior y de reestablecer una orden anterior del Tribunal Superior Consuetudinario, con variaciones (véase *Ramantele v. Mmusi y otros*, caso núm. CACGB-104-12, sentencia de 3 de septiembre de 2013).

La igualdad de derechos en el matrimonio

Al afirmar la igualdad de derechos para hombres y mujeres en el matrimonio, los tribunales nacionales también han rechazado argumentos basados en el derecho consuetudinario.

País: Uganda

Tribunal Superior de Uganda en Masaka, *Uganda v. Yiga Hamidu*, sesión penal, caso núm. 0055 de 2002, sentencia de 2002 (sin notificación)

En este proceso penal el Tribunal Superior rechazó un argumento basado en el derecho consuetudinario para justificar una acusación de violación. La demandante alegó que había roto su compromiso con el imputado cuando se enteró de que su esposa anterior había muerto, posiblemente de sida, y que en consecuencia ella había pedido que ambos se hicieran la prueba del VIH antes de casarse. Afirmó que el imputado había contratado a dos hombres para secuestrarla y que luego la violó, tras encerrarla en su cuarto y someterla por la fuerza mientras sus dos secuestradores la sujetaban. El imputado negó los cargos, recurriendo a la defensa afirmativa de error de hecho o de creencia sincera, en virtud de la sección 9 (1) del Código Penal de Uganda. Afirmó que él honestamente creía que la demandante era su esposa, dado que él había pagado una dote a sus padres para asegurar el matrimonio consuetudinario. Según el imputado, él, por tanto, estaba casado con la demandante. Sostuvo que, como consecuencia, la demandante había consentido implícitamente a tener relaciones sexuales y que, en virtud de la legislación de Uganda, un marido no puede violar a su propia esposa. El tribunal no encontró pruebas de que el matrimonio hubiera tenido lugar, ni pruebas de que la demandante hubiera dado su consentimiento a las relaciones sexuales. Al condenar al imputado de violación, el tribunal sostuvo que incluso si la pareja hubiera estado casada, los hechos del caso justificaban el fallo de violación. El tribunal señaló que la disposición del Código Penal que se ocupa de la violación no hace excepciones para personas casadas. Concluyó que la existencia de un matrimonio válido, o la creencia sincera de un matrimonio válido, ya no sirve como defensa de la violación en Uganda a la luz de la Constitución de 1995, que establece la igualdad de derechos en el matrimonio y la dignidad plena e igualitaria de la persona. La Corte señaló que la demandante fue tratada como un «simple instrumento sexual» y que «se pisoteó su dignidad humana». Por lo tanto, rechazó la defensa del imputado y lo condenó por violación.

La igualdad de derechos en la división de los bienes conyugales

Los tribunales nacionales también han examinado la cuestión de los derechos igualitarios a los bienes conyugales en el contexto del VIH⁸⁵.

País: Kenya

Tribunal de apelación, *Midwa v. Midwa*, caso núm. 197/200, sentencia de 31 de julio de 2001 ((2000) 2 EA 453 (CAK))

Un marido solicitó el divorcio de su mujer VIH-positiva alegando que estaba poniendo en peligro su vida y que ya no podía vivir con ella bajo el mismo techo. El tribunal menor ordenó que la esposa fuera expulsada del hogar conyugal y restringida a las instalaciones de los sirvientes, otorgándole al marido la custodia de los hijos, a la espera de la audiencia del caso. La mujer apeló ante el Tribunal de apelación, indicando que parte de su salario se destinó al pago de la hipoteca de la casa e impugnando su confinamiento a las habitaciones de los sirvientes. Ella argumentó que no había circunstancias excepcionales que justificaran la concesión de la custodia de los hijos al padre.

El Tribunal de apelación comentó la sentencia del tribunal menor, caracterizándola como insensible, traumatizante y deshumanizante; seguidamente, ordenó que la mujer volviera al domicilio conyugal.

País: República Unida de Tanzania

Tribunal Superior de Tanzania en Dodoma, *Elizabeth Mtawa v. Hassan Mfaume Risasi* – (PC) Apelación Civil núm. 12 de 2001[1]

La recurrente vivió con el hermano del demandado, Mwinjuma Mfaume Risasi, como marido y mujer durante unos nueve años y lo cuidó hasta su muerte. Al fallecido le sobrevivieron también dos hijos, nacidos fuera del matrimonio. El hermano demandado afirmó que la recurrente no era la esposa del difunto, sino que simplemente una concubina y que, por lo tanto, no tenía derecho a parte alguna del patrimonio del difunto. Un segundo hermano del fallecido declaró que la recurrente no merecía permanecer en la casa y debería haberla desalojado después del funeral.

El tribunal menor concluyó que existía presunción de matrimonio en virtud de las leyes nacionales de matrimonio y ordenó que la recurrente pudiera permanecer en la casa en disputa, bajo ciertas condiciones, entre ellas que debía abandonar la casa si se casaba y que no debería llevar a otro hombre a la casa. El hermano del difunto apeló, argumentando que la recurrente no debería beneficiarse viviendo en una casa con cuya compra no había colaborado. El tribunal de apelación sostuvo que la recurrente era una mera concubina y que no podría tener derecho a una participación en la casa, ya que no había sido construida por los esfuerzos conjuntos de la recurrente y el difunto.

⁸⁵ Para los resúmenes de este y otros casos, véase Tanzania Women Judges Association (TAWJA), *Case law manual* (Dar es Salaam, 2013).

El tribunal revocó la decisión fallando a favor de la recurrente. Concluyó que existían muchas pruebas de que la recurrente y el difunto habían vivido juntos como marido y mujer y aplicó la presunción de matrimonio en cumplimiento de la legislación nacional. El tribunal se negó a aplicar la ley islámica y el derecho consuetudinario en este caso. Señaló que el derecho consuetudinario le impedía a un cónyuge sobreviviente hacer valer derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, y que solo la facultaba para hacer valer derechos de usufructo. El tribunal consideró que esta disposición violaba los principios de derechos humanos básicos incluidos en los artículos 2 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la legislación nacional.

El tribunal señaló que la recurrente había cuidado del difunto hasta su muerte y había criado a sus dos hijos, y que no había ninguna prueba de que el demandado o sus otros hermanos hubieran proporcionado ayuda. Caracterizando los alegatos del demandado como injustos y contrarios a la justicia, consideró la contribución de la recurrente al bienestar del difunto y sus hijos como una contribución a la adquisición de los bienes familiares. El tribunal le otorgó a la recurrente la mitad de la propiedad de la casa y la otra mitad a los dos niños, como sus herederos legítimos.

La eliminación de la discriminación sexual en el empleo y la ocupación

La discriminación de las mujeres en el empleo persiste y puede estar basada en otras consideraciones que limitan sus oportunidades de obtener o de permanecer en un empleo, tales como el estado civil, el embarazo y las responsabilidades familiares⁸⁶.

Discriminación por embarazo

Muchas mujeres enfrentan la discriminación en el trabajo por motivos de sexo y embarazo. La discriminación por razones de sexo y embarazo pueden verse agravados por un diagnóstico de VIH, como lo demuestra el siguiente caso del Tribunal industrial de Kenya.

País: Kenya

Tribunal industrial de Kenya en Nairobi, *Veronica Muthio Kiojka v. Catholic University of Eastern Africa*, caso núm. 1161 de 2010, sentencia de 8 de noviembre de 2013

La demandante fue contratada como operadora telefónica sobre un contrato precario, mientras que sus dos colegas varones que ocupaban puestos similares fueron



⁸⁶ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III (4B), 83.ª reunión (Ginebra, 1996), párrafos 35 y 36.

contratados sobre una base permanente. Dado que no se le otorgó un contrato permanente, no recibía subsidios para el transporte y la vivienda como sus compañeros de trabajo ni se le proporcionó acceso a un seguro de salud u otras prestaciones. Tres años después de que fue contratada la demandante se postuló para un vacante diferente. Al final del procedimiento de selección se le informó que antes de la aprobación de su contrato debía pasar por un examen médico.

El médico del empleador realizó el examen, que incluyó una prueba de VIH. No se le informó a la demandante de que iba a ser sometida a una prueba para el VIH ni se le proporcionó ningún asesoramiento previo o posterior a la prueba. Dos semanas después del examen el médico le informó que había resultado seropositiva. Después de su diagnóstico no recibió más información sobre el nuevo puesto.

La demandante, entonces, continuó trabajando de manera precaria. En su fallo la Corte observó que, durante este tiempo, tres años después de que fue contratada, ella estaba ganando hasta 4,2 veces menos que sus colegas varones. Posteriormente, la demandante preguntó a su empleador la razón por la cual no había recibido un contrato permanente. Se le informó que se le había negado un empleo permanente y las prestaciones correspondientes debido a su estado VIH. Ella continuó trabajando sin prestaciones médicas o de cualquier otro tipo.

Después de seis años de trabajo la demandante quedó embarazada. No recibió ningún salario durante su licencia de maternidad, como lo requiere la legislación nacional, y fue mantenida sobre un contrato precario después de su reintegración al trabajo. A su regreso al trabajo recibió una carta de despido del empleador que le informaba que su contrato de trabajo había caducado seis meses antes, es decir que su contrato no le había sido renovado a su vencimiento.

La Corte estimó que la demandante había sido objeto de discriminación por motivos de su sexo, habiendo sido negada la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, así como las prestaciones de maternidad. La Corte concluyó igualmente que la demandante había sido objeto de discriminación debido a su estado VIH. Los actos discriminatorios incluían: negarse de contratar a la demandante de manera permanente debido a su estado VIH, realizar la prueba de VIH sin su conocimiento o consentimiento, no proporcionarle asesoramiento antes o después de la prueba y violar sus derechos a la confidencialidad al revelar su estado VIH. La Corte sostuvo que los empleados o futuros empleados no pueden ser considerados como no médicamente aptos únicamente sobre la base de su estado serológico. La Corte sostuvo igualmente que el empleador había violado la legislación nacional y citó los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT, así como los principios de la Recomendación núm. 200. La Corte otorgó a la demandante daños y perjuicios, incluyendo una indemnización por despido ilegal e injustificado así como daños ejemplares para la discriminación y la violación grave de su dignidad.

Responsabilidades familiares

Las mujeres que viven con o están afectadas por el VIH pueden ser objeto de discriminación debido a sus responsabilidades de cuidado. En el siguiente caso, una empleada fue suspendida de su empleo por ausentarse del trabajo para cuidar a su hijo enfermo.

País: Lesotho

Tribunal Laboral de Lesotho, *Palesa Peko v. Universidad Nacional de Lesotho*, caso núm. LC/95, sentencia de 1.º de agosto de 1995

Una empleada se ausentó del trabajo por dos semanas para cuidar a su hijo, que se recuperaba de una operación. Para poder cuidar de él le comunicó a su empleador que estaba enferma. El empleador la suspendió y dedujo de su salario el monto correspondiente al periodo de ausencia.

El Tribunal de Trabajo observó que había una deficiencia en la legislación nacional y citó la sección 4 del Código de Trabajo, que establece que:

En caso de ambigüedad, las disposiciones del Código y de las normas y reglamentos de aplicación, se interpretarán de la manera que más se ajuste a las disposiciones de los convenios adoptados por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo y de las recomendaciones adoptadas por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo.

El tribunal se basó en el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), de la OIT, para colmar el vacío en la legislación nacional, señalando que el artículo 9 de dicho convenio lo facultaba para dar efecto a sus disposiciones. Sobre esa base, el tribunal aplicó las disposiciones del Convenio núm. 156 directamente y ordenó que el empleador anulara la suspensión y pagara a la empleada los salarios adeudados por el periodo correspondiente al tiempo que había estado ausente del trabajo para cuidar a su hijo.

Remuneración igual

Garantizar la igualdad económica entre hombres y mujeres en el empleo reduce la vulnerabilidad de las mujeres ante la epidemia. El Tratado de Versalles, que incorpora la Constitución original de la OIT, establece entre los nueve métodos y principios «importantes y urgentes» aquellos que tratan sobre «el principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de valor igual», y que «reglas decretadas en cada país sobre las condiciones del trabajo, deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los trabajadores»⁸⁷.

El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), insta a los Estados Miembros de la OIT a aplicar el principio de igualdad de remuneración, tanto en la legislación como en la práctica.

⁸⁷ Tratado de Versalles, 1919, parte XIII, artículo 427.

País: India

Corte Suprema de la India, *Mackinnon Mackenzie & Co. Ltd v. Audrey D'Costa y Anr*, caso núm. 1987, AIR 1281 1987 SCR (2) 659, sentencia de 26 de marzo de 1987

Una taquimecanógrafa desafió el sistema de pago aplicado en su empresa argumentando que había discriminación entre mujeres y hombres. La discriminación había sido reconocida en los tribunales menores. La empresa inició un procedimiento ante la Corte Suprema para que las medidas adoptadas en favor de la taquimecanógrafa fueran revocadas. La empresa alegó que la taquimecanógrafa tenía un puesto de confianza y que no había ningún hombre empleado en un puesto similar. Sin embargo, se había reconocido que un taquimecanógrafo hombre habría recibido un salario más alto por el mismo trabajo.

El tribunal señaló que se podía aplicar el Convenio de la OIT núm. 100, y señaló que:

El artículo 39 (d) de la Constitución de la India establece que el Estado deberá, en particular, orientar sus políticas a garantizar que exista igualdad de remuneración por igual trabajo para hombres y mujeres. El Convenio relativo a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor fue adoptado por la Conferencia General de la OIT el 29 de junio de 1951. La India es una de las partes en dicho Convenio.

Refiriéndose tanto al Convenio núm. 100 y al enfoque adoptado por los países europeos en relación con la igualdad de remuneración, la Corte de la India consideró que la demandante había recibido un salario mucho menor que sus colegas hombres que realizaban un trabajo de igual valor. El hecho de que no hubiera ningún hombre empleado en la misma posición en la empresa era irrelevante, dado que el principio de igualdad de remuneración establece que el mismo nivel de remuneración se garantice no solo a las personas que realizan el mismo trabajo, sino a los hombres y mujeres trabajadores que realicen un trabajo diferente pero considerado de igual valor.

Acoso sexual

El acoso y la violencia sexual aumentan la vulnerabilidad de las mujeres al VIH. Los tribunales nacionales han formulado principios generales y directrices sobre el acoso sexual en el lugar de trabajo con miras a lograr una mayor igualdad de género.

País: India

Corte Suprema de la India, *Vishaka y otros v. Estado de Rajasthan y otros*, caso núm. 6 SCC 241, sentencia de 13 de agosto de 1997

La Corte Suprema examinó una demanda colectiva presentada por un grupo de peticionarios en virtud del artículo 32 de la Constitución de la India. La acción se presentó por alegaciones de una violación en grupo. Los demandantes pidieron que



la Corte emitiera instrucciones para el cumplimiento de los derechos fundamentales de la Constitución que supuestamente estaban siendo violados por las prácticas de acoso sexual sobre las mujeres en el lugar de trabajo. Señalando que la legislación interna no abarca la cuestión del acoso sexual, la Corte decidió formular principios y directrices generales sobre el tema. Para ello se apoyó en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en los comentarios del órgano supervisor responsable de su aplicación.

La Corte señaló que:

«La igualdad de género incluye la protección contra el acoso sexual y el derecho a trabajar con dignidad, que es un derecho humano universalmente reconocido [...]. Los convenios y normas internacionales son, por lo tanto, de gran importancia en la formulación de las directrices necesarias para cumplir este propósito».

La aplicación judicial de otros instrumentos internacionales pertinentes

Además de los instrumentos de la OIT, otros instrumentos internacionales y regionales garantizan el derecho de la mujer a la igualdad, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación e intolerancia, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos pueden ser útiles al examinar los casos de denuncias de discriminación sexual en contextos nacionales, sobre todo cuando la legislación nacional no abarque las cuestiones planteadas.

Puntos de discusión

1. ¿Su país ha ratificado convenios y normas internacionales sobre igualdad de género? Si es así, ¿se han aplicado en la jurisprudencia nacional? ¿Cuáles protecciones legislativas ha adoptado su país para garantizar la protección contra la discriminación de género en el empleo?
2. ¿Estas medidas proporcionan una protección contra la discriminación relacionada con el empleo equivalente a la prevista en el Convenio núm. 111 de la OIT y la Recomendación núm. 200?
3. ¿Cuáles retos a la igualdad de género existen en su país o región y cómo pueden ayudar los tribunales a cumplir con estos retos?

Módulo 9: Grupos clave

La epidemia del VIH tiende a correr siguiendo las líneas de falla de la sociedad. Las tasas de prevalencia del VIH son significativamente más altas en ciertos grupos clave que, en muchos países, ya están marginados debido a estigmas preexistentes. Estos grupos incluyen a hombres que tienen sexo con hombres (HSH), trabajadoras sexuales, personas transgénero, reclusos y usuarios de drogas inyectables. El *Informe de ONUSIDA para el día mundial del sida, 2012*, señala, por ejemplo, que el VIH afecta de manera desproporcionada a los trabajadores sexuales, los HSH y los usuarios de drogas inyectables⁸⁸.

Orientaciones terminológicas de ONUSIDA (versión revisada, octubre de 2011), págs. 20 y 21

«Los términos ‘población clave’ o ‘población clave de mayor riesgo de exposición al VIH’ se refieren a aquella parte de la población que tiene más probabilidad de estar expuesta al VIH o de transmitirlo, por lo que su participación es fundamental de cara a obtener una respuesta de éxito frente al VIH; es decir, es clave en la epidemia y en la búsqueda de una respuesta para la misma. En todos los países, la población clave engloba a las personas que viven con el VIH. En la mayoría de los escenarios, los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, los transexuales, las personas que se inyectan droga, los trabajadores sexuales y sus clientes, y las personas seronegativas dentro de una pareja serodiscordante se encuentran en mayor riesgo de exposición al VIH que otras. Existe una fuerte ligazón entre diversos tipos de movilidad y el riesgo aumentado de exposición al VIH, dependiendo de la razón para la movilidad y el grado de disociación de las personas respecto de su contexto y normas sociales. Cada país debería definir qué población específica resulta clave en su epidemia y enfrentarse a esta última en función de un contexto epidemiológico y social concreto.»

Ciertos grupos de población clave, como los hombres que tienen sexo con hombres (HSH), trabajadores sexuales o usuarios de drogas inyectables (UDI), se consideran poblaciones «en riesgo» cuando participan en comportamientos o llevan estilos de vida que los ponen en mayor riesgo de exposición al VIH. Hay otros grupos que, debido a factores socioeconómicos y culturales, pueden ser más vulnerables al VIH que los demás, incluidos los niños y las personas jóvenes, las

⁸⁸ ONUSIDA: *Informe de ONUSIDA para el día mundial del sida 2012, op. cit.*, pág. 42.

mujeres, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los refugiados y los desplazados internos⁸⁹.

Los miembros de los grupos de población clave frecuentemente son objeto de múltiples capas de estigma y tienden a experimentar mayores niveles de discriminación que otros, sobre todo cuando también son VIH-positivos⁹⁰. Como resultado, a menudo enfrentan barreras para tener acceso a servicios de salud y a oportunidades de educación y empleo.

Unidos contra el SIDA: hacia la consecución de las metas establecidas en la Declaración política de 2011, Informe del Secretario General, Asamblea General de las Naciones Unidas, Aplicación de la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA y las declaraciones políticas sobre el VIH/SIDA: A/66/757, 2 de abril de 2012, párrafo 58

«En 2010, un 46 por ciento de los países afirmó disponer de leyes, reglamentos o medidas para impedir que las poblaciones clave con mayor riesgo de contraer el VIH accedieran a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo. En 77 países están tipificadas como delito las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo; en la mayoría de los países se considera delito algún aspecto del ejercicio del sexo como profesión, y la mayor parte impone sanciones penales a los toxicómanos. Estas leyes no solo marginan a los miembros de las poblaciones clave y los exponen a la violencia, las sanciones penales y la cárcel, sino que también los excluye de los programas económicos, de salud y sociales de ámbito nacional.»

Grupos clave vulnerables y en situación de riesgo

Este módulo tratará de una gama de grupos clave afectados entre la población activa, o entre aquellos que interactúan con el mundo del trabajo, que son particularmente vulnerables a la infección por el VIH o que participan en conductas que podrían ponerlos en un mayor riesgo de infección. Estos grupos clave no son necesariamente los únicos pertinentes, pero se mencionan en este contexto por dos razones: porque se mencionan específicamente en la Recomendación núm. 200, o porque han sido identificados como grupos con una mayor prevalencia del VIH en un número importante de epidemias nacionales. Los grupos clave y los factores de riesgo para cada grupo varían de un país a otro, dependiendo de las características y la evolución de la epidemia nacional del VIH.

⁸⁹ Véase también ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas*, versión revisada, Ginebra, octubre de 2011, pág. 30. Disponible en <http://www.felgtb.org/rs/846/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/a32/fd/1/filename/2011-onusida-orientaciones-terminologicas-vih.pdf>.

⁹⁰ Véase UNAIDS/Programme Coordinating Board, Thirty-first meeting, PCB (31)/12.25, Ginebra, 2012, párrafo 15. Disponible en http://www.unaids.org/sites/default/files/en/media/unaids/contentassets/documents/pcb/2012/20121111_PCB%2031_Non%20Discrimination_final_newcoverpage_en.pdf.

Trabajadores sexuales

Desde el comienzo de la epidemia del VIH, la prevalencia del VIH en las epidemias nacionales ha sido significativamente mayor entre las poblaciones de trabajadores sexuales, tanto de mujeres y de hombres como de personas transexuales, que entre la mayoría de los otros grupos de población⁹¹. Según el *Informe mundial* de ONUSIDA de 2012, una revisión reciente de los datos disponibles de 50 países concluyó que las trabajadoras sexuales tienen una probabilidad 13,5 veces mayor de vivir con el VIH que las mujeres que no trabajan en el comercio sexual⁹².

Es importante recordar que la población de trabajadores sexuales incluye a trabajadores sexuales masculinos y transexuales, entre quienes también se ha demostrado que existen altas tasas de infección por el VIH, en comparación con la población en general, en muchos países.

OMS/ONUSIDA/UNICEF: Informe 2011 sobre la respuesta mundial al VIH/SIDA (en inglés y en francés), Ginebra, 2011, pág. 31

«Los datos correspondientes a los trabajadores sexuales masculinos y personas transgénero son escasos, pero muestran una muy alta prevalencia del VIH: entre el 9 y el 25 por ciento de los trabajadores sexuales masculinos encuestados resultaron VIH-positivos en China, Indonesia y Tailandia, por ejemplo, al igual que 34 por ciento de profesionales del sexo transgénero (hijra) en Yakarta (Indonesia), el 16 por ciento en Mumbai (India) y el 14 por ciento de las personas transgénero en Bangkok (Tailandia).»

El *Informe mundial* de ONUSIDA de 2012 señala que, debido a los altos índices de estigma y discriminación que sufren los aproximadamente 15 millones de personas transgénero en todo el mundo, a menudo ellos dependen del trabajo sexual como su única fuente de ingresos y supervivencia, con tasas de participación en el trabajo sexual estimadas en hasta el 44 por ciento de las personas transgénero⁹³.

Algunos tribunales nacionales han enfrentado cuestiones relacionadas con el empleo en el contexto del trabajo sexual.

⁹¹ ONUSIDA, *Trabajo sexual y VIH/SIDA - ONUSIDA - Actualización técnica*, Colección Prácticas óptimas, Ginebra, 2003.

⁹² ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, *op. cit.*, pág. 21.

⁹³ *Ibid.*, pág. 76.

País: Colombia

Corte Constitucional de Colombia, *Lais v. PANDEMO*, caso núm. T-629/10, sentencia de 13 de agosto de 2011

En su resolución la Corte Constitucional examinó los alegatos de despido injustificado en el contexto del trabajo sexual. La demandante era una trabajadora sexual empleada en un bar/discoteca. El empleador despidió sumariamente a la demandante al enterarse de que estaba embarazada. Para tomar su decisión, la Corte Constitucional consideró el enfoque del trabajo sexual adoptado por el derecho internacional y la jurisprudencia de otros países.

La Corte señaló que la demandante era una cabeza de familia soltera y que tenía derecho a la misma protección de la maternidad otorgada a cualquier otra trabajadora en virtud de la legislación colombiana, citando los artículos 236 y 239 del Código del Trabajo de Colombia. La Corte sostuvo que los trabajadores sexuales, independientemente de si son hombres o mujeres, tienen los mismos derechos que quienes realizan cualquier otro trabajo. La Corte le otorgó una indemnización a la demandante.

País: Sudáfrica

Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Sudáfrica, *Kylie v. Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje y otros*, caso núm. CA 10/08, sentencia de 26 de mayo de 2010 ((CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA)

El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Sudáfrica estudió un caso de despido improcedente de una trabajadora sexual, quien al parecer fue despedida de su empleo sin audiencia previa. El tribunal menor había desestimado la demanda, concluyendo que no tenía jurisdicción sobre el caso. En su resolución el tribunal menor señaló que el trabajo sexual es ilegal según la legislación sudafricana y que, por lo tanto, el contrato de trabajo era inválido. El tribunal menor sostuvo que la protección de las prácticas laborales justas establecidas en el artículo 23 de la Constitución de Sudáfrica no era aplicable a una persona dedicada al empleo ilegal. La demandante apeló.

El Tribunal de Apelación examinó el alcance del artículo 23 de la Constitución, que establece en el inciso (1) que «toda persona tiene derecho a condiciones de trabajo justas». Considerando un precedente de la Corte Constitucional en el que se interpretaba esta disposición de manera amplia, el tribunal de apelación concluyó que el derecho constitucional a prácticas laborales justas aplica a todas las personas y que incluye no solo a las partes en un contrato de trabajo, sino también a todas las personas en una relación laboral. La Corte señaló que «la actividad ilegal de una trabajadora sexual *per se* no impide que ella disfrute de una gama de derechos constitucionales».

En consideración de todas las circunstancias, el tribunal declaró:

«Es importante hacer hincapié en los resultados precisos de la presente sentencia y en lo que no sostiene. No puede aprobar, y no lo hace, el trabajo sexual. Esa es una cuestión para la legislatura. [...]. Sin embargo, el hecho de que la prostitución



se considere ilegal no [...] destruye todas las protecciones constitucionales que pueden gozar las personas como la demandante, si no fuera una trabajadora sexual» (párrafo 54). En consecuencia, la Corte concluyó que las protecciones establecidas en la sección 193 de la Ley de Relaciones Laborales aplicaban a la demandante a pesar de la ilegalidad del trabajo realizado (párrafo 55).

País: Bangladesh

Corte Suprema de Bangladesh, *Sociedad de Bangladesh para el cumplimiento de los derechos humanos v. Gobierno de Bangladesh*, sentencia de 14 de marzo de 2000, publicada en *Dhaka Law Report*, vol. LIII, 2001 (53 D.L.R. 1)

La Corte Suprema examinó los alegatos interpuestos por un grupo de más de 54 organizaciones sin fines de lucro en nombre de un grupo de mujeres profesionales del sexo y sus hijos. Los peticionarios, entre los que se encontraba la Asociación Nacional de Abogadas de Bangladesh y la Sociedad de Bangladesh para el cumplimiento de los derechos humanos, entre otras, denunciaron que un grupo de trabajadores del sexo y sus hijos había sido desalojado ilegalmente y por la fuerza de sus residencias en Tanzabar y Nimtali. Los peticionarios alegaron que el Gobierno estaba regularmente tomando medidas para acosar a las trabajadoras del sexo y a sus hijos, «forzándolas a dejar su pacífica ocupación de casas y habitaciones alquiladas por ellas» (pág. 3). Alegaron que las mujeres y los niños habían sido desalojados por la policía local, sacados de sus camas en horas de la madrugada, física y verbalmente abusados y llevados a un hogar para indigentes, violando su derecho a la vida y al sustento tal como están protegido en el marco de la Constitución de Bangladesh y la legislación nacional.

La Corte señaló que el derecho a la vida garantizado por el artículo 31 de la Constitución de Bangladesh incluye el derecho a ganarse los medios de subsistencia. Concluyó que las trabajadoras sexuales «tras su masivo desalojo [...] también han sido privadas de su derecho a la subsistencia, lo que equivale a la privación del derecho a la vida, por lo que la acción es inconstitucional e ilegal» (pág. 10).

De la misma manera, en 2013, la Corte Suprema del Canadá sostuvo que las disposiciones del código penal canadiense que criminalizan el trabajo de sexo violaban la Carta canadiense de Derechos y Libertades⁹⁴.

⁹⁴ Véase *Agency for International Development y otros v. Alliance for Open Society International, Inc., y otros*, 133 S. Ct. 398 (2013), sentencia emitida el 20 de junio de 2013. En ese caso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló una ley federal que establecía condiciones para acceder a fondos gubernamentales que eran accesibles a organizaciones no gubernamentales para financiar actividades contra el VIH y el sida. La legislación estipulaba que los fondos no se podían utilizar para «promover o abogar por la legalización o la práctica de la prostitución» y que los fondos no podían ser utilizados por una organización «que no tuviera una política que se opone explícitamente a la prostitución», lo que tiene el efecto de exigir que los recipientes de fondos denuncien el trabajo de sexo como condición para poder acceder a fondos para combatir el sida. El Tribunal Supremo sostuvo que esta segunda condición, conocida como el «compromiso contra la prostitución», violaba el derecho constitucional de la libertad de expresión.

País: Canadá

Corte Suprema del Canadá, *Canadá (Procurador General) v. Bedford*, caso núm. 34788, sentencia de 20 de diciembre de 2013 (2013 SCC 72, [2013] 3. S.C.R. 1101)

Los tres demandantes, B., L. y S., trabajadoras sexuales actuales o anteriores, buscaron una declaración de la Corte afirmando que tres disposiciones del Código penal canadiense, criminalizando actividades relacionadas con el trabajo sexual, violaban sus derechos en virtud del artículo 7 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades y que eran, por ende, inconstitucional. Aunque el trabajo de sexo no es prohibido, el Código penal del Canadá prohíbe: mantener o encontrarse en una «casa de libertinaje» (artículo 210); vivir de «los beneficios de la prostitución» (artículo 212 (1)); y la publicidad en público a fines de la prostitución (artículo 213 (1)). Los demandantes alegaron que estas restricciones ponen la seguridad y las vidas de las trabajadoras sexuales en riesgo, por lo que les impide implementar medidas de seguridad que podrían protegerlas de la violencia. Alegaron igualmente que el artículo 213 (1) del Código penal infringía los derechos de libertad de expresión garantizados por la Carta. La Corte Suprema sostuvo por unanimidad que las disposiciones eran inconstitucionales, aunque suspendió la declaración de nulidad de un año para que el Parlamento pudiera adoptar un nuevo enfoque.

Poblaciones de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)

En mayo de 2013 se estimaba que más de setenta países todavía criminalizaban las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo; en algunos países se establecían penas severas, incluida la pena de prisión y, en unos pocos, incluso la pena de muerte⁹⁵. Las personas LGBTI están en riesgo de violencia física y psicológica, incluido el asesinato, las golpizas y la agresión sexual⁹⁶. Las mujeres lesbianas, bisexuales o transexuales son frecuentemente el blanco de la violencia, en particular la violación, debido a su orientación sexual o su identidad de género. La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos ha expresado su preocupación por la práctica de la «violación correctiva» en algunos países⁹⁷. El estigma y la discriminación por motivos de orientación sexual en el empleo se han generalizado y las personas LGBTI resultan discriminadas simplemente por su orientación sexual, o bien la discriminación puede estar relacionada con la condición, real o supuesta, de VIH-positivas. Estas circunstancias disuaden a las personas LGBTI de revelar su

⁹⁵ ACNUDH, *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Ginebra, 2012, pág. 33. Véase también: International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), *State-sponsored homophobia: A world survey of laws: criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, Bruselas, 2013.

⁹⁶ ACNUDH, *op. cit.*, pág. 13.

⁹⁷ ACNUDH, *Ibid.*, pág. 17.

comportamiento a los proveedores de servicios de salud, lo que las hace más vulnerables al VIH y contribuye a la propagación del virus⁹⁸.

Una serie de países han adoptado leyes que contienen protecciones explícitas contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Por ejemplo, las Constituciones del Ecuador y Sudáfrica prohíben ese tipo de discriminación⁹⁹.

El derecho de vivir libre de discriminación por motivos de orientación sexual incluye el derecho a la vida privada.

País: Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Smith y Grady v. Reino Unido*, peticiones núm. 33985/96 y 33986/96, sentencia de 27 de septiembre de 1999

En ese momento, la Real Fuerza Aérea tenía una política contra la contratación de homosexuales, y llevó a cabo investigaciones sobre la homosexualidad de una empleada y de un empleado. Ambos fueron despedidos. Ellos alegaron que habían sido despedidos a causa de su orientación sexual y que esto violaba el derecho a la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los tribunales determinaron que la investigación violaba el derecho a la vida privada.

Los HSH¹⁰⁰ están constantemente entre las poblaciones clave con mayor prevalencia del VIH en las epidemias nacionales. Un estudio sobre la infección por VIH en poblaciones de HSH en las capitales de todo el mundo mostró tasas de prevalencia 13 veces mayores que en la población general¹⁰¹. Quienes también experimentan altos niveles de discriminación son más propensos a participar en comportamientos de mayor riesgo, lo que aumenta su vulnerabilidad al VIH¹⁰².

Personas transgénero

Las personas transgénero, en particular las que se transforman de hombres en mujeres, enfrentan riesgos y vulnerabilidades especialmente altos con respecto al

⁹⁸ The Global Forum on MSM and HIV (MSMGF), *Social discrimination against men who have sex with men (MSM): Implications for HIV policy and programs* (Oakland, Estados Unidos, 2010), pág. 2.

⁹⁹ Véase la sección 9, subsección 3 de la Constitución de la República de Sudáfrica, núm. 108, de 1996, en su versión modificada; véase también el artículo 11, subsección 2 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, y el artículo 13 de la Constitución de Portugal, núm. 1/2005 de 12 de agosto de 2005, en su versión modificada. Véase, además, ILGA, *op. cit.*

¹⁰⁰ ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas*, *op. cit.*, pág. 15, ofrece la siguiente definición de HSH: «describe a los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres (HSH), independientemente de si tienen o no relaciones sexuales con mujeres o de si, a nivel particular o social, tienen una identidad gay o bisexual. Este concepto es útil porque también incluye a los hombres que se autodefinen como heterosexuales, pero que pueden tener relaciones sexuales ocasionales con hombres».

¹⁰¹ ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁰² *Ibid.*

VIH. Frecuentemente son víctimas de las formas más duras de discriminación y de estigma debido a las formas en las que expresan su identidad de género. Según la Alianza Internacional contra el VIH/SIDA, las personas transgénero a menudo enfrentan abusos y violencia y, de hecho, de 2008 a 2009 más de 200 personas transgénero fueron asesinadas por motivos relacionados con su identidad de género en todo el mundo¹⁰³.

Se ha generalizado la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo y la ocupación. Las personas transgénero tienen un riesgo desproporcionadamente alto de infección por el VIH, con una prevalencia de hasta el 68 por ciento en ciertas regiones¹⁰⁴.

País: Sudáfrica

Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Christine Ehlers v. Bohler Uddeholm Africa (PTY) Ltd.*, caso núm. JS 296/09, sentencia de 13 de agosto de 2010

La demandante, una transexual, presentó una demanda por despido injustificado en contra de su empleador, alegando que había sido despedida debido a su identidad de género.

Al comentar sobre los hechos del caso, el Tribunal de Trabajo señaló que: «Este caso muestra lo que las personas discriminadas experimentan diariamente en el lugar de trabajo. Es una triste crítica a nuestra sociedad que, a pesar de nuestro pasado discriminatorio y todas las leyes que hemos adoptado en contra de la discriminación, la discriminación en el lugar de trabajo aún se mantiene viva. La peticionaria es una de estas víctimas. Ella no solo sufrió la discriminación y el rechazo dentro de su familia, sino que también fue objeto de burla por parte de sus colegas. Algunas personas creyeron que tenían el derecho de insultarla simplemente por ser diferente. Esta situación es en realidad muy triste. Ella se destacaba en su trabajo. Era la mejor. No entiendo por qué su cambio de género afectaría su rendimiento». El tribunal falló a favor de la demandante, considerando que el empleador la había discriminado injustamente a causa de su sexo y género, en violación del artículo 9 de la Constitución de Sudáfrica y la sección 51.2 de la Ley de Relaciones Laborales. El tribunal ordenó que la demandante fuera reincorporada y que el empleador tomara medidas para impedir que una discriminación similar ocurriera de nuevo en el futuro, además de que debía ofrecer una disculpa por escrito a la demandante.

¹⁰³ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, op. cit.

¹⁰⁴ ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, op. cit., pág. 76.

País: Sudáfrica**Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Quinton Atkins v. Datacentrix (PTY) Ltd*, caso núm. JS 02/07, sentencia de 2 de diciembre de 2009**

Después de una exitosa entrevista, el demandante aceptó la oferta de empleo del demandado. Posteriormente, le informó a su empleador que tenía el propósito de someterse a un proceso de cambio de género para cambiar su sexo de hombre a mujer. Luego, el demandado despidió al demandante por motivos de mala conducta, declarando que el demandante no había revelado un hecho sustancial durante la entrevista de trabajo. El tribunal rechazó el argumento del demandado de que el demandante había sido deshonesto, y señaló que no tenía ninguna obligación legal de haber informado al demandado que deseaba someterse a un cambio de sexo. Señalando que la demanda planteaba temas de discriminación por motivos tanto de sexo como de género, el tribunal concluyó que el demandante había sido objeto de discriminación y otorgó una indemnización por despido injustificado en violación de la cláusula de igualdad contenida en la sección 9 de la Constitución de Sudáfrica, la Ley de Igualdad en el Empleo, núm. 55 de 1998, y la Ley de Relaciones Laborales, núm. 66 de 1995.

Una serie de países han adoptado leyes que establecen el derecho a la identidad de género. El 9 de mayo de 2012 la Argentina adoptó una Ley sobre la identidad de género de las personas. En 2009 el Uruguay aprobó la ley núm. 18.620 sobre el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y de sexo en los documentos de identidad. El 15 de marzo de 2011 Portugal adoptó la ley núm. 7/2011, que establece el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre¹⁰⁵.

Reclusos

El número de reclusos que viven con el VIH varía entre países, pero en general la prevalencia de VIH es mayor entre las poblaciones encarceladas que en la población en general. En las prisiones el acceso a la prevención del VIH y a la atención de salud (incluido el tratamiento del VIH) es mínimo o inexistente.

R. Jürgens, M. Nowak y M. Day, «HIV and incarceration: prisons and detention», *Journal of the International AIDS Society*, 14:26 (2011)

La alta prevalencia de infección por VIH entre los reclusos y detenidos en prisión preventiva, en combinación con el hacinamiento y las condiciones de vida infrahumanas, hacen que las cárceles y otros centros de detención sean entornos de alto riesgo para la transmisión del VIH. En última instancia, esto contribuye a las epidemias de VIH en las comunidades a las que los reclusos regresan tras su liberación.

¹⁰⁵ El texto de estas leyes se encuentra disponible en <http://www.ilo.org/aids/legislation/lang-es/index.htm>.

Algunos países han abordado el problema de las cárceles en su legislación sobre el VIH, estableciendo medidas de prevención y protección de los derechos humanos de los reclusos.

País: República del Congo

Ley núm. 30-2011 de 3 de junio de 2011 para luchar contra el VIH y el sida y para asegurar la protección de los derechos de las personas que viven con el VIH, sección 13 (1)

«El ministerio de Justicia debe poner a disposición de los prisioneros preservativos y otros materiales para mantener relaciones sexuales sin riesgo, así como información adecuada sobre su uso y su importancia en la prevención de la infección por VIH y otras enfermedades de transmisión sexual.»

Las prisiones también son lugares de trabajo, y los empleados de la prisión se pueden beneficiar de las políticas y programas relativos al VIH que reducen la discriminación relacionada con el VIH y facilitan el acceso a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Por ejemplo, en 2010 el Servicio de Prisiones de Ghana adoptó una Política sobre el VIH/TB en el lugar de trabajo que protege a sus empleados y a los reclusos¹⁰⁶.

El estigma y la discriminación relacionados con el VIH son comunes en los centros penitenciarios y muchas prisiones de todo el mundo cuentan con políticas de segregación de los reclusos VIH-positivos.

País: Estados Unidos

Human Rights Watch/American Civil Liberties Union (ACLU): *Condenado a la estigmatización: La segregación de los reclusos VIH-positivos en Alabama y Carolina del Sur (2010).*

Al ingresar al sistema penitenciario en Alabama y Carolina del Sur, cada detenido debe someterse a una prueba del VIH. Quienes resultan –o que ya saben que son– VIH-positivos se alojan en instalaciones independientes dentro del centro penitenciario. En Alabama y Carolina del Sur se les exige a la mayoría de los reclusos VIH-positivos llevar un brazalete o insignia para identificar su condición de VIH-positivos.

Un Tribunal Federal de distrito de Alabama estudió la política del Departamento de Correccional de segregar a los reclusos VIH-positivos de la población general de la prisión. El tribunal sostuvo que la política discriminaba a los reclusos

¹⁰⁶ La Política incorpora los principios fundamentales de la Recomendación núm. 200 y está disponible en <http://www.ilo.org/aids/lang-es/index.htm>.

por motivo de discapacidad (su estado serológico respecto del VIH), en violación de la Ley sobre los estadounidenses con discapacidades¹⁰⁷.

Los tribunales nacionales también han considerado que el Estado tiene la obligación de proporcionar el tratamiento antirretroviral a los reclusos que viven con el VIH.

País: Nigeria

Tribunal Superior Federal de Nigeria, *Festus Odafe y otros v. Fiscalía General de la República Federal de Nigeria*, caso núm. FHC/PH/CS680/2003, sentencia de 23 de febrero de 2004, publicado en AHRLR 205 (NgHC 2004)

El Tribunal Superior consideró que la negativa a proporcionar a los reclusos VIH-positivos en prisión preventiva acceso al tratamiento violaba su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, garantizado por la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. En ese caso, una serie de reclusos en espera de juicio fueron diagnosticados con el VIH durante su detención. Ellos fueron segregados y se les negó tratamiento médico. Si bien la Constitución de Nigeria no establece el derecho a la asistencia médica, el tribunal, sin embargo, sostuvo que Nigeria estaba obligada a proporcionar tratamiento médico adecuado en virtud de la Carta Africana, que Nigeria había ratificado. El tribunal señaló el costo económico, pero sostuvo que el Estado tenía la obligación de proporcionar tratamiento antirretroviral a los reclusos, independientemente del delito del que hubieren sido acusados.

Otros grupos clave

Niños y personas jóvenes

Los niños y las personas jóvenes se encuentran entre los más vulnerables de todos los grupos afectados por el VIH y el sida. Por esta razón, la Recomendación núm. 200 de la OIT exhorta a adoptar medidas especiales para proteger tanto a los niños como a los trabajadores jóvenes (párrafos 35, 36 y 40).

Trabajo infantil

Uno de los aspectos más trágicos de la epidemia del VIH es que deja en gran riesgo a los hijos de quienes están incapacitados por enfermedades relacionadas con el VIH o que mueren de sida. Estos niños a menudo pierden a sus familiares y a otras personas que cuidan de ellos. En muchos casos, especialmente en los países y regiones de alta prevalencia, las comunidades locales ha sido tan devastadas por el VIH y el sida que no queda nadie que pueda hacerse cargo de estos niños huérfanos y abandonados,

¹⁰⁷ Tribunal de Distrito de Alabama, División Norte, *Henderson y otros v. Departamento Correccional de Alabama*, caso 2:11-cv-00224-MHT-WC, sentencia de 21 de diciembre de 2012.

quienes pueden terminar forzados a las peores formas de trabajo infantil, incluso a la venta de sus cuerpos para sobrevivir.

Trabajadores jóvenes

Reconociendo que los jóvenes pueden estar en situaciones de mayor riesgo, la Recomendación núm. 200 insta a que se adopten medidas que proporcionen a los jóvenes «educación objetiva en materia de salud sexual y reproductiva, en particular la divulgación de información sobre el VIH y el sida a través de la formación profesional y de programas y servicios de empleo para los jóvenes» (párrafo 36). Si bien este enfoque puede dar lugar a alguna controversia en algunas culturas, no hace frente a las necesidades de los trabajadores jóvenes que podrían estar lejos del entorno familiar por primera vez y están en mayor riesgo de comprometerse en conductas sexuales sin protección, independientemente de si su comportamiento es voluntario o forzado.

Al considerar las situaciones que comprenden el trabajo infantil o el trabajo de los jóvenes, los jueces deben estar conscientes de las disposiciones especiales de la Recomendación núm. 200 y estar al tanto de las posibles consecuencias en relación con el VIH y el sida.

Personas con discapacidades

Las desigualdades sociales y económicas aumentan la vulnerabilidad al VIH de las personas con discapacidad. Las personas con discapacidad tienen más probabilidades de estar desempleadas que las personas sin discapacidades. Cuando tienen empleo, las personas con discapacidad a menudo ganan menos que sus colegas no discapacitados, y es más probable que trabajen en empleos del sector informal. También pueden incurrir en mayores gastos debido a su discapacidad; por ejemplo, en dispositivos necesarios para su cuidado o asistencia. Como resultado, para lograr los mismos resultados requieren más recursos que las personas sin discapacidad.

OMS y Banco Mundial: *World report on disability*, Ginebra, 2011

Actualmente, más de un 15 por ciento de la población mundial –unos 650 millones de personas– vive con una discapacidad. Casi todas las personas tendrán una discapacidad temporal o permanente en algún momento de sus vidas, y las que lleguen a la vejez experimentarán dificultades crecientes de funcionamiento.

Muchas personas con discapacidad no tienen igualdad de acceso a los servicios de salud, a oportunidades de educación y empleo, y experimentan la exclusión de muchas actividades de la vida cotidiana.

Nota: Existe un resumen en español del citado informe, *Informe mundial sobre la discapacidad*.

Aunque existen pocas investigaciones disponibles, en general se acepta que las personas con discapacidad tienen necesidades insatisfechas considerables en relación con la salud y los derechos sexuales y reproductivos. Los adolescentes y adultos

con discapacidad, por ejemplo, son más propensos a ser excluidos de los programas de educación sexual, y es menos probable que a las mujeres con discapacidad se les pregunte sobre el uso de anticonceptivos durante las visitas a los médicos generales.

El Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de la OIT, 1983 (núm. 159), insta a que se adopten medidas a escala internacional y nacional para promover la «plena participación» de las personas con discapacidad en la vida social. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de las Naciones Unidas, es el instrumento más reciente y completo sobre el tema; en ella se describen los derechos civiles, culturales, políticos, sociales y económicos de las personas con discapacidades.

Trabajadores domésticos

En los últimos años, la demanda de trabajo doméstico se ha incrementado debido a una serie de factores: la creciente participación de las mujeres en la fuerza laboral, junto con la creciente necesidad de servicios de atención; la feminización de la migración internacional, y el envejecimiento de las sociedades. Sin embargo, el trabajo doméstico sigue estando infravalorado y mal regulado. En particular, las trabajadoras domésticas migrantes o residentes pueden ser sometidas a malos tratos. Predominan el acoso y el abuso sexual, lo que aumenta su riesgo de contraer VIH¹⁰⁸.

En muchos países, el trabajo doméstico es realizado en gran parte por niñas trabajadoras, lo que aumenta los riesgos para la salud de las niñas en general. La relación del trabajo doméstico no está incluida en muchos marcos de legislación laboral nacional, lo que deja a los trabajadores domésticos altamente vulnerables a recibir un trato desigual, injusto y frecuentemente abusivo a manos de sus empleadores. Reconociendo la necesidad de mejorar las condiciones de vida y laborales de los trabajadores domésticos, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio (núm. 189) y su respectiva Recomendación (núm. 201) sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011.

La Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201), párrafo 3

«Al adoptar medidas destinadas a eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación, los Miembros, actuando en conformidad con las normas internacionales del trabajo, deberían, entre otras cosas:

[...]

c) Asegurar que no se exija que los trabajadores domésticos se sometan a pruebas del VIH o de embarazo, o revelen su estado serológico respecto del VIH o su estado de embarazo.»

¹⁰⁸ OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión (Ginebra, 2010), págs. 5 a 8.

Trabajadores migrantes

Los trabajadores migrantes a menudo trabajan y viven en condiciones precarias, generalmente lejos de sus familias y su cultura. Con el fin de protegerlos del estigma y la discriminación, así como para garantizar su acceso a los servicios asociados con el VIH, estos factores requieren de atención especial. Por esta razón, la Recomendación núm. 200 incluye una serie de disposiciones relativas explícitamente a los trabajadores migrantes (véanse el párrafo 3, apartado *c*), y los párrafos 25, 27, 28, 40 y 47).

Las normas internacionales del trabajo y las convenciones de las Naciones Unidas establecen que los trabajadores migrantes deben gozar de las mismas protecciones básicas que el resto de trabajadores. Si bien sus condiciones de trabajo y residencia en sus países de acogida pueden estar sujetas a ciertas reservas –por ejemplo, en el caso de los trabajadores migrantes¹⁰⁹–, ellos, sin embargo, tienen derecho a gozar de los mismos derechos fundamentales que los demás trabajadores, con inclusión del derecho a la salud y a no sufrir discriminación.

Estas protecciones son aplicadas incluso cuando los Estados Miembros de la OIT comprometidos no hayan ratificado el Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), o la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas (1990). Los derechos de los trabajadores migrantes también están protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, que ha sido ampliamente ratificado.

ONUSIDA: *HIV-related restrictions on entry, stay and residence*, UNAIDS Human Rights and Law Team (Ginebra, 2012, actualizado 1.º de enero de 2013)

Según UNUSIDA, al 1.º de enero de 2013 todavía 44 países exigen la prueba del VIH a las personas que desean ingresar al país, ya sea como trabajadores o en otra calidad; no obstante, actualmente una serie de países está eliminando este requisito.

En muchos países se les exige a los trabajadores migrantes que se sometan a la prueba del VIH. Si bien los requisitos nacionales no necesariamente lo declaran explícitamente, las pruebas obligatorias realizadas a los trabajadores migrantes por lo general dan lugar a que a los inmigrantes VIH-positivos se les niegue el derecho a ser documentados en las mismas condiciones que a los demás trabajadores. Por lo tanto, pueden verse obligados a inmigrar ilegalmente. En muchos casos, si su país de origen sufre de altas tasas de pobreza y desempleo, el acceso a la migración con fines de empleo es la única oportunidad que tienen los trabajadores para generar ingresos.

¹⁰⁹ También se conocen como trabajadores migrantes irregulares.

Particularmente para los pobres, la migración es una estrategia de supervivencia, y si a las personas VIH-positivas se les niega el acceso legal a la migración, también tienden a intentar emigrar ilegalmente.

Por otra parte, negarles a los trabajadores migrantes la oportunidad de trabajar significa que tendrían poco o ningún acceso a servicios de prevención, atención, tratamiento y apoyo, los cuales frecuentemente solo están disponibles en o mediante el lugar de trabajo. Esto los hace más vulnerables a la infección por VIH y a desarrollar el sida y sus síntomas, y les niega a ellos y a sus familias el acceso a los ingresos y los medios de vida. Estos factores han sido reconocidos por varios países, que han rechazado explícitamente realizar pruebas a los migrantes con fines de empleo, y en algunos casos han eliminado restricciones previas.

País: Federación de Rusia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Kiyutin v. Federación de Rusia*, solicitud núm. 2700/10, sentencia de 10 de marzo de 2011

El tribunal sostuvo por unanimidad que la negativa de las autoridades rusas a conceder un permiso de residencia a un ciudadano de Uzbekistán por motivo de su condición de VIH-positivo fue arbitraria y discriminatoria. El tribunal consideró que la negativa constituyó una violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (dicho artículo debe considerarse junto con el artículo 8, relativo a la protección del hogar y la vida familiar).

El demandante, un ciudadano de Uzbekistán, había vivido en territorio ruso desde 2003 y estaba casado con una ciudadana rusa, con quien tuvo un hijo. Tras la solicitud del permiso de residencia, se sometió a un examen médico y dio positivo por VIH. Su solicitud fue rechazada en función de una disposición legal que impide la emisión de permisos de residencia a los extranjeros VIH-positivos.

En su fallo, el tribunal señaló que las personas que viven con el VIH representan un grupo vulnerable de la sociedad que de múltiples formas había sido objeto de discriminación en el pasado. El tribunal observó que a turistas, visitantes a corto plazo o ciudadanos rusos no se les imponían restricciones de viaje. Señaló que la mera presencia de una persona VIH-positiva en el país no constituía una amenaza para la salud pública y que la imposición selectiva de las restricciones de viaje relacionadas con el VIH solo a los extranjeros que solicitan residencia no estaba justificada. El tribunal consideró que el demandante había sido víctima de discriminación por motivo de su estado de salud, lo que viola el artículo 14, junto con el artículo 8.

Los trabajadores migrantes enfrentan otras dificultades en relación con el VIH y el sida. Se les pueden negar servicios de prevención y educación relacionadas con el VIH, tanto antes de su partida y en los países receptores. Pueden no estar familiarizados con la lengua, la cultura y los procedimientos del país receptor, lo que dificulta aún más que puedan tener acceso a información y servicios relacionados con el VIH. Además, los trabajadores migrantes indocumentados generalmente no tienen acceso a los servicios de salud pública en los países en los que trabajan.

Sectores económicos en mayor riesgo

Muchos trabajadores tienen ocupaciones que los ponen en un mayor riesgo de infección por VIH. Por ejemplo, los trabajadores de la salud se exponen a las agujas con sangre infectada. Otros trabajadores tienen puestos que los obligan a trabajar en situaciones de aislamiento y confinamiento, o a vivir lejos de sus familias y en viviendas segregadas proporcionadas por los empleadores, como los navegantes o los trabajadores de los sectores de minería y construcción. Los trabajadores móviles, como los conductores de camiones de larga distancia, también son vulnerables, ya que con frecuencia están muy lejos de casa por largos periodos de tiempo y pueden tener relaciones sexuales sin protección con parejas ocasionales o solicitar los servicios de profesionales del sexo, un grupo en particular riesgo de transmisión del VIH.

Puntos de discusión

1. ¿Cuáles grupos consideraría usted especialmente vulnerables o en riesgo de infección por el VIH en su país? ¿Cuáles son las características de estos grupos, y cómo recomendaría enfrentar sus necesidades en la ley y en la práctica?
2. ¿Los migrantes que ingresan a su país son sometidos a pruebas del VIH obligatorias? ¿Qué pasaría si se determinara que un potencial migrante es VIH-positivo?
3. ¿La legislación o la normativa de su país establece protecciones contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género?

Módulo 10: El papel de los jueces y los profesionales del derecho

Las autoridades judiciales y los profesionales del derecho cumplen una función crucial en la protección de los derechos humanos fundamentales –incluidos los derechos laborales– de las personas que viven con el VIH o el sida o se ven afectadas por estos. Los tribunales nacionales son los encargados de la aplicación efectiva de las protecciones legales existentes, mientras que los profesionales del derecho pueden cumplir una función esencial en la promoción de la observancia de los marcos jurídicos existentes.

También deben comprender las razones por las que la implementación de un marco jurídico y normativo que promueva el respeto de los derechos humanos es un componente esencial de las respuestas eficaces al VIH. Además, mientras más familiarizados estén los jueces y los profesionales del derecho con el enfoque adoptado para enfrentar las cuestiones de empleo relacionadas con el VIH en otros casos, incluso en otras jurisdicciones, más eficazmente podrán enfrentar problemas similares cuando los encuentren.

Los jueces de trabajo y los profesionales en derecho en muchos países:

- Cada día más deben examinar y pronunciarse sobre alegaciones de estigmatización y discriminación en el empleo y la ocupación en relación con el VIH, así como sobre presuntas violaciones de los derechos asociados, incluidas las infracciones de los derechos de privacidad y los derechos a los beneficios relacionados con el empleo;
- desempeñan un papel crucial para garantizar el desarrollo y la aplicación de las protecciones legislativas contra la discriminación;
- apoyan el establecimiento de un entorno jurídico que posibilite reforzar los esfuerzos de prevención del VIH y el respeto a los derechos laborales de las personas que viven con el VIH o el sida o están afectadas por estos.
- contribuyen en la formulación de reformas legales que garanticen la protección contra el estigma y la discriminación relacionados con el VIH; y
- garantizan que las protecciones legales se apliquen eficazmente en el ámbito doméstico.

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce la necesidad de garantizar que existan mecanismos y recursos eficaces para defender los derechos humanos fundamentales.

El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

La legislación puede apoyar u obstaculizar las respuestas nacionales al VIH. Cuando los tribunales aplican la ley para salvaguardar los derechos de las personas que viven con el VIH o están afectadas por este, puede ayudar a crear un ambiente positivo y libre de discriminación en el contexto del empleo. Un ambiente de este tipo anima a los trabajadores que viven con el VIH o están afectados por este a seguir siendo miembros productivos de sus comunidades y garantiza su acceso al ingreso y a los servicios y beneficios relacionados con el VIH, incluido el tratamiento antirretroviral. Por el contrario, en algunas ocasiones la forma en que los tribunales han llevado los casos de discriminación en el empleo relacionada con el VIH ha sentado precedentes que podrían haber tenido el efecto de perpetuar o agravar la discriminación relacionada con el VIH.

País: Portugal

Corte Suprema de Justicia, *Mário Pereira v. Sociedade Hoteleira de BB, SA*, caso núm. SJ20080924037934, sentencia de 24 de septiembre de 2008

En este caso la Corte examinó alegatos de despido injustificado. Durante varios años el demandante había trabajado como cocinero en un hotel de cuatro estrellas. Fue despedido tras haber dado positivo en una prueba de VIH. El tribunal concluyó que el demandante ya no podía trabajar en la cocina porque podría poner en peligro a sus compañeros de trabajo o a los clientes del hotel. El tribunal sostuvo que el despido no constituyó discriminación y que el despido estuvo justificado debido a la imposibilidad de cumplimiento del contrato de trabajo.

País: Grecia

Corte Suprema Helénica / Areios Pagos, *Spyridoula Georgiou Karyotou v. X*, caso núm. 676/2009, sentencia de 24 de febrero de 2009, publicada el 17 de marzo de 2009

El tribunal consideró las acusaciones de despido injustificado interpuestas por el demandante, quien fue despedido tras dar positivo por VIH. Los compañeros de trabajo del demandante, una vez que se enteraron de su condición de VIH-positivo, le exigieron a la administración que lo expulsara del lugar de trabajo. Varios de los compañeros de trabajo firmaron una petición exigiendo que se expulsara al demandante. En última instancia, el empleador cedió a la presión ejercida sobre ella por sus empleados y despidió al demandante. El tribunal sostuvo que esta acción no había constituido discriminación, sino que estaba justificada dadas las circunstancias, por la presión que el empleador había sufrido y el peligro que continua presencia del demandante representaba para el buen funcionamiento de la empresa.

El fallo de la Corte Suprema Helénica fue apelado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que revocó la decisión de la Corte Suprema en el caso de *IB v. Grecia*, aplicación núm. 552/10, sentencia de 3 de octubre de 2013 (véase el módulo 6).

La conducta en los tribunales

En algunos casos, jueces que no están familiarizados con los modos de transmisión del VIH han manejado asuntos relacionados con el VIH en sus propias salas de audiencias de una manera estigmatizadora. Por ejemplo, al decidir sobre una demanda relacionada con el supuesto despido de un empleado por motivo de su condición de VIH-positivo, un tribunal ordenó que antes de que la demandante pudiera dar su testimonio, debería presentar una constancia médica que garantizara que no iba a transmitirles el virus a los abogados, los jueces y a las demás personas que asistían al juicio¹¹⁰.

La implementación de los derechos humanos en el trabajo para los trabajadores afectados por el VIH y sus familias

A lo largo de las más de tres décadas desde que se diagnosticó el primer caso de sida, muchos países han adoptado leyes para proteger los derechos humanos de las personas que viven con o están afectadas por el VIH, o han interpretado la legislación existente de manera tal que abarque el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH como un motivo prohibido de discriminación. Sin embargo, en el 2012 el 61 por ciento de los países informaron de la existencia de leyes contra la discriminación que protegen a las personas con VIH¹¹¹. Incluso donde existe la legislación, no siempre se garantiza su cumplimiento.

La Recomendación núm. 200 de la OIT insta a los países a establecer mecanismos y procedimientos que también garanticen la aplicación efectiva.

El párrafo 12 de la Recomendación núm. 200 de la OIT establece que:

«Cuando las medidas existentes contra la discriminación en el lugar de trabajo sean insuficientes para brindar una protección eficaz contra la discriminación relacionada con el VIH y el sida, los Miembros deberían adaptarlas o adoptar nuevas medidas, y prever disposiciones para su puesta en práctica efectiva y transparente».

¹¹⁰ J. Oziegbe: «Litigating HIV/AIDS-related cases-Festus Odafe & Ors v. Attorney General of the Federal Republic of Nigeria and Ors (2005)», *Interights Bulletin*, 2005, vol. 15, núm. 2, págs. 89-91, disponible en <http://www.interights.org/document/47/index.html>.

¹¹¹ ONUSIDA, *Informe mundial*, 2012, *op. cit.*, pág. 80.

Existe un extenso cuerpo de jurisprudencia relacionada con el VIH proveniente de una serie de países con alta prevalencia del VIH. En estos países las condiciones son propicias para solicitar reparaciones por la vía judicial, dado que en respuesta a la epidemia se han desarrollado regímenes legales y normativos detallados relativos al VIH. Por ejemplo, en Sudáfrica la legislación y la normativa en el ámbito del VIH y el sida están muy desarrolladas, e incorporan los principios de derechos humanos, incluidos los principios fundamentales de la Recomendación núm. 200 (véase, por ejemplo, el Código sudafricano (revisado) de buenas prácticas sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2012).

Además, la reparación mediante el sistema judicial se ha visto facilitada por la existencia de organizaciones de la sociedad civil que han emprendido el litigio como forma de influir en la legislación o las políticas¹¹². Por ejemplo, los sindicatos, que también son organizaciones de la sociedad civil, han cabildeado activamente para desarrollar y adoptar protecciones laborales para los trabajadores afectados por el VIH y han participado en la difusión de información a los trabajadores para informarles de sus derechos laborales y apoyarlos en sus demandas de cumplimiento de esos derechos.

Desafíos para una aplicación eficaz

No basta con desarrollar y adoptar legislación, también debe haber implementación. Las normas internacionales del trabajo establecen que la implementación se puede lograr a partir de una serie de diferentes medios, tomando en consideración las circunstancias de cada Estado Miembro en particular.

El párrafo 37 de la Recomendación núm. 200 establece:

«Las políticas y programas nacionales sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo deberían:

- a) ser puestos en práctica, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas y con otras partes interesadas, incluidas las estructuras pertinentes en materia de salud en el trabajo, a través de uno o más de los siguientes medios:
 - i) la legislación nacional;
 - ii) los convenios colectivos;
 - iii) las políticas y programas de acción nacionales y del lugar de trabajo; y
 - iv) las estrategias sectoriales, prestando una atención particular a los sectores en los que las personas amparadas por la presente Recomendación están más expuestas a riesgos».

¹¹² Por ejemplo, *Sociedad de Bangladesh para el cumplimiento de los derechos humanos v. Gobierno de Bangladesh*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (publicada en *Dhaka Law Report*, vol. LIII, 2001, págs. 1-19), presentado por un grupo de más de 54 organizaciones no gubernamentales en nombre de un grupo de trabajadoras sexuales desalojadas por la fuerza de sus hogares.

Existen numerosos retos institucionales para la implementación de la legislación sobre el VIH y el sida y los derechos humanos. Entre ellos: la reducida capacidad de los gobiernos para hacer cumplir las disposiciones de los instrumentos legislativos o los derechos humanos; disposiciones legales inadecuadas para satisfacer las demandas de aquellos que recurren al sistema jurídico; sanciones débiles para los casos de incumplimiento; largos procesos de litigio; y la falta de conciencia del público en general, en particular de las mujeres, sobre sus derechos y las acciones que pueden tomar cuando estos son violados.

Antes de que pueda darse una implementación eficaz, el público en general debe estar consciente de la legislación contra la discriminación vigente en el país. También se debe prever el establecimiento de mecanismos y procedimientos accesibles (y a precios asequibles) para hacer cumplir las leyes sobre la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, de modo que las personas que consideren que sus derechos han sido violados puedan emprender acciones medidas para pedir reparación por las presuntas violaciones. Con el fin de promover la implementación eficaz de la protección de los derechos humanos, la administración laboral nacional y las autoridades judiciales también deben estar conscientes de los factores básicos considerados, incluidos los mitos y conceptos erróneos que rodean al VIH y alimentan el estigma y la discriminación en el lugar de trabajo.

La OIT ha examinado las ventajas y desventajas de los distintos órganos encargados de la implementación en las áreas de género y migración con fines de trabajo, y desde el punto de vista de las buenas prácticas de administración del trabajo¹¹³. Se han desarrollado herramientas para las autoridades de administrativas del trabajo en relación con el VIH y el sida que proporcionan una orientación detallada sobre este tema¹¹⁴. Los órganos de control de la OIT también han examinado varios sistemas de supervisión de la no discriminación, y ha observado una tendencia hacia las funciones cuasijurisdiccionales de estos órganos¹¹⁵. En la mayoría de países las instituciones creadas para supervisar las leyes de igualdad no son los tribunales civiles, si bien las apelaciones ante un tribunal civil pueden resultar posibles a escala nacional. Sin embargo, su estructura, así como sus facultades de investigación y de toma de decisiones, puede darles un estatuto similar al de los tribunales. Estos órganos de igualdad son a menudo distintos de los tribunales del trabajo. Estos últimos tienen con una jurisdicción más amplia sobre las controversias relativas a las relaciones obrero-patronales.

¹¹³ Véase, por ejemplo: C. Thomas y R. Taylor, *Enforcement of equality provisions for women workers, an interdepartmental project*, Working Paper No. 20 (OIT, Ginebra, 1994); I. McClure y M. Reischle, *Law and practice in combating discrimination against immigrant workers*, International Migration Branch Working Paper (OIT, Ginebra, 2002); B. Lust (director), *Labour administration: A powerful agent of a policy of gender equality in employment and occupation*, Labour Administration Branch Working Paper No. 55-1 (OIT, Ginebra, 1999).

¹¹⁴ Véase el sitio web de la OIT en www.ilo.org/labadmin.

¹¹⁵ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación, op. cit.*, párrafos 225 a 234.

Participación en el desarrollo de las políticas nacionales sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo

Los jueces y los profesionales del derecho pueden identificar las fortalezas y debilidades en las leyes y políticas nacionales, especialmente cuando se aplican a una situación en evolución, como la epidemia de VIH. Sin embargo, las reformas legales son a menudo procesos largos e iterativos. Cuando una situación como la epidemia del VIH evoluciona rápidamente, la ley puede quedarse atrasada ante las necesidades de los afectados.

País: Kenya

Tribunal Superior de Kenya, *P.A.O. y otros dos v. Fiscalía General*, petición núm. 409 de 2009, sentencia de 20 de abril de 2012

Los peticionarios argumentaron que la Ley de Kenya contra la Falsificación, ley núm. 13 de 2008, limitaba el acceso a fármacos y medicamentos esenciales a precios asequibles, incluidos los medicamentos genéricos para el VIH y el sida, lo que ponía en riesgo sus derechos.

El tribunal señaló en su fallo que la ley «es vaga y podría socavar el acceso a medicamentos genéricos a precios asequibles ya que en ella no había una clara distinción entre los medicamentos falsificados y los genéricos». El tribunal le pidió al parlamento de Kenya que revisara la ley y eliminara las ambigüedades que podrían dar como resultado confiscaciones arbitrarias de medicamentos genéricos bajo el pretexto de la lucha contra los medicamentos falsificados. La sentencia también señaló que los derechos de propiedad intelectual no deberían prevalecer sobre el derecho a la vida y la salud.

En las primeras etapas de la epidemia del VIH, la desinformación y el miedo provocaron muchos casos en los que las personas fueron despedidas de sus puestos de trabajo con el pretexto de proteger a otros trabajadores y al público con los que entraban en contacto. Cuando la información correcta sobre los modos de transmisión del VIH se hizo más ampliamente disponible, los tribunales de muchos países pudieron contrarrestar los efectos de estos temores al tomar decisiones basadas en hechos y no en conceptos erróneos. Esto condujo a una mayor conciencia pública sobre el VIH y el sida y ayudó a los responsables de formular políticas y a las legislaturas a tomar mejores decisiones sobre cómo enfrentar la epidemia.

La legislación vigente no siempre especifica que el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH es un motivo prohibido de discriminación. Los jueces pueden aplicar las leyes existentes a las nuevas situaciones, siempre que la redacción de la ley lo permita, o pueden dejar en claro que las leyes vigentes no permiten aplicar la protección a nuevas categorías de personas. Esto, a su vez, destaca las fortalezas y debilidades de las leyes y estimula la reforma.

Catalizadores del cambio

Los jueces y los profesionales en derecho pueden ser agentes para la reforma, y los precedentes judiciales pueden tener profundas implicaciones para lograr cambios sociales y en las políticas. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Botswana acogió este papel proactivo en la histórica decisión en la que afirmó los derechos de las mujeres a la igualdad en el contexto de los derechos de propiedad. Al desestimar la decisión del tribunal menor de aplicar el derecho consuetudinario que prohibía a las mujeres heredar la propiedad familiar y al aplicar las disposiciones sobre igualdad incluidas en la Constitución de Botswana, el Tribunal demostró que actuaba como catalizador en la promoción del cambio social.

País: Botswana

Tribunal Superior de Botswana, *Mmusi y otros v. Ramantele y otros*, caso núm. MAHLB-000836-10, sentencia de 12 de octubre de 2012

En su fallo, el tribunal resaltó la función esencial de las autoridades judiciales nacionales «para mantener viva la ley, en movimiento, y para hacerla progresiva con el fin de hacer justicia para todos» (párrafo 211).

Influir en sus comunidades locales

Los jueces y los profesionales del derecho son personas eminentes en sus propias comunidades. Pueden ser miembros de las juntas de educación, patronos de las organizaciones benéficas, o simplemente ser convocados a hablar en público. Al reflexionar en público sobre situaciones en desarrollo como la propagación del VIH y las nuevas posibilidades de tratamiento, ellos pueden ejercer una influencia positiva en la actitud del público.

Educadores de pares

Los jueces y los profesionales del derecho que están conscientes de los avances en el campo del VIH y el sida pueden desempeñar un papel vital en la educación de sus pares que, o bien no han sido expuestos a la epidemia en su vida profesional, o son más reacios a aplicar un enfoque de derechos humanos en los litigios que los comprenden.

En la mayoría de países existen instituciones de formación que, o bien ofrecen capacitación para jueces y profesionales del derecho recién nombrados, o programas de formación continua para los jueces y profesionales del derecho. La participación en este tipo de formación les permite compartir sus conocimientos sobre los temas relativos al VIH y el sida que se hayan presentado en contexto nacional e internacionales.

Puntos de discusión

1. En su jurisdicción, ¿cuál es la función que desempeñan las autoridades judiciales o los profesionales en derecho en el establecimiento de los marcos normativos y jurídicos?
2. ¿Cómo puede usted contribuir a partir de su papel profesional en la respuesta al VIH en su país?
3. ¿Cómo puede promover el cambio en su lugar de trabajo, ya sea en la sala de un tribunal o en su bufete o mediante la educación de pares?

Módulo 11: El acceso a la justicia: mecanismos, procedimientos y recursos

Las personas que buscan una reparación judicial ante la discriminación u otras violaciones de sus derechos en el trabajo a menudo se topan con una serie de obstáculos, tanto estructurales como de procedimiento. La primera barrera que encuentra un potencial demandante podría ser simplemente la ausencia de recursos dentro del marco jurídico nacional.

Unidos contra el SIDA: hacia la consecución de las metas establecidas en la Declaración política de 2011, Informe del Secretario General, Asamblea General de las Naciones Unidas, Aplicación de la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA y las declaraciones políticas sobre el VIH/SIDA: A/66/757, 2 de abril de 2012

Párrafo 57

«[...] En 2010 uno de cada tres países declaró que carecía de legislación que prohibiera la discriminación contra las personas que viven con el VIH. Un número creciente de países ha promulgado legislación desacertada y contraproducente en la que se tipifica como delitos el hecho de no revelar que se tiene el VIH, la exposición al virus o su transmisión, y los países de elevados ingresos se encuentran a la cabeza por lo que se refiere a la presentación efectiva de cargos con arreglo a dichas leyes.»

Párrafo 59

«De conformidad con los compromisos contraídos en la Declaración política sobre el VIH y el sida de 2011, los países deben examinar de inmediato sus marcos jurídicos y normativos, y, si corresponde, promulgar disposiciones rigurosas contra la discriminación, así como derogar o revisar otras leyes que obstaculicen una respuesta contundente al VIH. Dado que solo el 51% de ellos disponía de un sistema de asistencia jurídica para casos relativos al VIH en 2010, los países deben esforzarse por ofrecer asistencia jurídica e invertir en programas de información sobre los derechos dirigidos a las personas que viven con el VIH y las poblaciones clave. También se necesitan medidas urgentes para sensibilizar al personal judicial y a los agentes encargados de hacer cumplir la ley.»

Donde existen recursos, es posible que exista poca conciencia pública sobre su existencia. Es importante determinar si los trabajadores tienen un conocimiento profundo o escaso de sus derechos laborales. Si las denuncias por discriminación relacionada con el VIH no son llevadas ante los tribunales, esto no necesariamente indica la ausencia de discriminación. Podría simplemente indicar el desconocimiento de los trabajadores de que tienen medios donde recurrir en caso de violación de sus derechos laborales. Un número muy reducido de denuncias –o incluso su ausencia total– puede ser un indicador de que los procedimientos de denuncia penal no son suficientemente accesibles o de que no están siendo utilizados debido a otros factores, que deben ser identificados y estudiados.

La segunda cuestión es si los recursos existentes son, de hecho, accesibles en la práctica. Los jueces y los profesionales del derecho deben considerar si en la práctica existen mecanismos y procedimientos fácilmente accesibles para examinar las denuncias de discriminación en el empleo relacionadas con el VIH.

La Recomendación núm. 200 de la OIT establece que los Estados Miembros deben establecer mecanismos eficaces y transparentes para poner en práctica las medidas de protección contra la discriminación. Estos mecanismos pueden asumir diferentes formas y los países pueden contar en la práctica con más de una sola vía para la reparación judicial. Independientemente de los procedimientos y mecanismos específicos disponibles, los tribunales deben considerar si estos son accesibles en la práctica y si satisfacen las necesidades de las poblaciones a las que están destinadas.

Los mecanismos disponibles para examinar los casos de discriminación relacionados con el VIH varían. Algunos países han establecido mecanismos y procedimientos para la presentación de denuncias específicamente relacionadas con el VIH. Por ejemplo, la sección 25 de la Ley de para la prevención y el control del VIH y el sida, de Kenya (núm. 14 de 2006) establece un mecanismo centrado en cuestiones relacionadas con el VIH: el Tribunal para asuntos relacionados con el VIH y el sida. Varios países, como Suecia, han establecido un Defensor del pueblo en temas de igualdad para garantizar la implementación de las protecciones legales existentes (véase la ley núm. 568 del 5 de junio de 2008 relativa al Defensor del pueblo en temas de igualdad). Otros países han establecido diferentes organismos competentes para examinar las denuncias de discriminación relacionadas con el VIH. La Comisión Nacional de Derechos Humanos de Etiopía, por ejemplo, tiene competencia para revisar los casos de discriminación, entre ellos los que se basan en el estado serológico respecto del VIH.

El párrafo 29 de la Recomendación núm. 200 también prevé el establecimiento de mecanismos y procedimientos informales, e insta a los Estados Miembros a poner en práctica procedimientos de resolución de conflictos de fácil acceso que garanticen que los trabajadores obtendrán la reparación pertinente cuando se violen sus derechos.

Como señaló la CEACR en su Estudio General de 2012, el acceso a los mecanismos y procedimientos para hacer frente a la discriminación en el empleo sigue siendo un reto. Los obstáculos que disuaden a las personas que viven con o están afectadas por el VIH de presentar una denuncia formal de discriminación incluyen: el costo; los retrasos prolongados; dificultades para cumplir con la carga de la prueba; y el miedo a las represalias¹¹⁶.

También los obstáculos estructurales, como la falta de acceso físico a los mecanismos disponibles, pueden constituir barreras importantes. Este es el caso en los países donde los organismos de resolución de conflictos encargados de examinar los casos de discriminación relacionados con el VIH están disponibles solo en la ciudad capital, lejos de las zonas rurales¹¹⁷.

El gasto que conlleva entablar una demanda por discriminación es a menudo un obstáculo importante para los trabajadores. Cuando un trabajador ha perdido su trabajo debido a la discriminación relacionada con el VIH, el costo de iniciar una acción legal puede resultar prohibitivo. Además, como se ha señalado, las personas pertenecientes a las poblaciones clave afectadas también son las más vulnerables al VIH y pueden ser objeto de discriminación por múltiples motivos. Esto también significa, entre otras cosas, que pueden tener muy pocos recursos financieros para emprender acciones legales. Por tanto, es importante, como un problema de política pública, proporcionar o facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita o de bajo costo para las personas que hayan sufrido discriminación relacionada con el VIH, con el fin de facilitar su acceso a la justicia.

Otra barrera que impide el acceso a la justicia para un denunciante VIH-positivo es el periodo de tiempo prolongado que puede tomar que las denuncias formales se abran camino en el sistema judicial: un proceso que puede llevar años¹¹⁸. Cuando una persona ha sido objeto de discriminación por motivo de su estado serológico respecto del VIH y ha desarrollado una enfermedad relacionada con el VIH, incluido el sida, los largos retrasos pueden significar que la víctima no sobrevivirá para ver la resolución del caso.

¹¹⁶ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 884.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Por ejemplo, en el caso del Tribunal de Trabajo de Sudáfrica, *Gary Shane Allpass v. Mooikloof Estates (Pty) Ltd*, caso núm. JS178/09, sentencia de 16 de febrero, el demandante fue despedido en noviembre de 2008 y la decisión del Tribunal del Trabajo de Sudáfrica que concluyó que el despido había sido discriminatorio fue dictada el 16 de febrero de 2011, casi tres años después.

País: Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *X v. Francia*, solicitud núm. 18020/91, sentencia de 31 de marzo de 1992

El recurrente, un hemofílico, se había sometido a varias transfusiones de sangre entre septiembre de 1984 y enero de 1985. El 21 de junio de 1985 se descubrió que era VIH-positivo. Junto a un gran número de otros hemofílicos afectados, el recurrente solicitó la indemnización del Estado. En los alegatos presentados durante el proceso, hizo hincapié en la urgencia de su caso dada su condición de VIH-positivo. El 19 de febrero de 1991 presentó su solicitud ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que su caso no había sido oído en un plazo razonable según lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El recurrente falleció el 2 de febrero de 1992.

El tribunal, al que la comisión había elevado el caso, señaló las circunstancias de urgencia y el «riesgo de que un retraso podría hacer que la cuestión la resolviera el tribunal ya desprovista de propósito». El tribunal concluyó que las circunstancias exigían una diligencia excepcional y sostuvo que se había dado una violación del artículo 6, párrafo 1, de dicho convenio.

País: El Salvador

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros v. El Salvador*, caso núm. 12.249, Informe núm. 27/09 de 20 de marzo de 2009

En una solicitud presentada por un recurrente VIH-positivo concerniente al derecho al tratamiento en su propio nombre y en el de las personas en la misma situación, la Comisión señaló que el derecho fundamental a un recurso sencillo y rápido «es uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.» Observando el estado de salud del demandante y su demanda de acceso al tratamiento, la Comisión concluyó que la eficacia del recurso estaba «inextricablemente ligada a la rapidez».

Por lo tanto, los tribunales deben, cuando corresponda, considerar la adopción de procedimientos especiales de vía rápida en los procesos relacionados con el VIH y el sida.

La carga de la prueba

El tema de la carga de la prueba presenta dificultades particulares en los litigios laborales relacionados con el VIH. Asignarle la carga de la prueba al trabajador en un caso de discriminación puede presentar un obstáculo insuperable, sobre todo cuando la información y la documentación necesarias para establecer un caso

prima facie de discriminación están en manos del empleador, como en un caso de denegación de acceso al empleo¹¹⁹.

Reconociendo esta dificultad, las normas internacionales del trabajo sobre la terminación de la relación laboral, la protección de los representantes de los trabajadores y la protección de la maternidad ponen la carga de la prueba en el empleador.

El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), en el artículo 9 establece que:

«[...]

2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de implementación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:

a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;

b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales».

La Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), en el párrafo 6 establece que:

«6. 1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores.

2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes:

[...]

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 [...].».

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), en el artículo 8 establece que:

«1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador».

¹¹⁹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., nota 2243, párrafo 885; véase también J. Hodges, *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, op. cit., págs. 50-51.

Por ejemplo, una persona puede presentar una denuncia formal de discriminación si cree que no fue contratada o despedida a causa de su estado VIH-positivo o su asociación con un cónyuge o familiar VIH positivo. Sin embargo, el demandante podría no ser capaz de demostrar que existió discriminación simplemente porque él o ella no tienen acceso a la información que está bajo control del empleador. En muchos países la carga inicial de la prueba recae en el demandante, que deberá establecer una presunción *prima facie* de discriminación, y el empleador imputado podría no estar obligado a presentar pruebas de los motivos no discriminatorios de sus acciones. Asignar la carga de la prueba a los demandantes en otros tipos de casos plantea dificultades similares, como ilustra el siguiente caso.

País: Namibia

**Tribunal Superior de Namibia, LM, MI, NH v. el Gobierno, casos
núm. I 1603/2008, I 3518/2008 y I 3007/2008, sentencia de 30 de julio de 2012**

«83. En cuanto a la segunda demanda, las demandantes alegan que les realizaron los procedimientos de esterilización a causa de su estado serológico respecto del VIH y que esto produjo la práctica ilícita de una inadmisibles discriminación contra ellas. Dado que las demandantes afirman que fueron esterilizadas por ser VIH positivas, pienso que la *responsabilidad* de demostrar que fue así les incumbe a ellas mediante la preponderancia de las probabilidades.

84. Mi opinión es que no existen pruebas creíbles y convincentes de que los procedimientos de esterilización les fueron realizados a las demandantes a causa de ser VIH-positivas. Se desestima, por lo tanto, la segunda demanda».

Tras reconocer estas dificultades, algunos países han establecido un cambio en la carga de la prueba. Por ejemplo, en casos de denuncia por discriminación en la contratación, la carga de la prueba se desplazará hacia el empleador, quien deberá demostrar que existen otras razones para rechazar al candidato una vez que el demandante haya producido evidencia plausible o *prima facie* de la discriminación. En Suiza la sección 6 de la Ley Federal sobre la igualdad entre hombres y mujeres, que entró en vigor a mediados de 1996, establece la presunción de supuesta discriminación «siempre y cuando la persona que se acoge al procedimiento presente un caso plausible». La CEACR ha señalado que esta manera de asignar la carga de la prueba puede ser una herramienta útil para corregir una situación que de otro modo podría resultar en desigualdad¹²⁰.

Algunos países europeos, como Alemania, Francia e Italia, han adoptado disposiciones para desplazar la carga de la prueba al empleador en los casos de discriminación en el empleo, de acuerdo con las directivas europeas.

¹²⁰ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación*, op. cit., párrafo 231; véase también OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, op. cit., párrafo 885.

Unión Europea

Unión Europea, Directiva del Consejo 2000/43/CE del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre personas independientemente de su origen racial o étnico (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 180, 19/07/2000 P 0022 a 0026), artículo 8:

«Carga de la prueba»

1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.

[...]

Unión Europea

Unión Europea, Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 204/23, 26/07/2006), artículo 19:

«Carga de la prueba»

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.

[...]

La Corte Suprema de Estados Unidos dictó un fallo histórico en 1973 sobre la cuestión de la carga de la prueba y el orden en que la evidencia debe ser presentada en los casos de discriminación en el empleo en cumplimiento de la ley federal¹²¹.

¹²¹ En los Estados Unidos el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 es una ley federal que prohíbe la discriminación en el empleo sobre la base de una serie de motivos específicos como raza, color, religión, sexo u origen nacional. Tras el fallo en el caso McDonnell Douglas, en la Ley de Derechos Civiles de 1991 (Pub. L. 102-166) se modificaron algunas secciones del título VII.

McDonnell Douglas presentó una demanda de discriminación racial en virtud del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. El fallo estableció el marco para aplicar un desplazamiento en la carga de la prueba en la adjudicación de las demandas por discriminación laboral basadas en pruebas indirectas o circunstanciales de intención discriminatoria.

País: Estados Unidos

Corte Suprema de los Estados Unidos, *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, caso núm. 72-490, sentencia de 14 de mayo de 1973 (411 U.S. 792 (1973))

«El demandante en un juicio bajo el título VII debe asumir la carga inicial de conformidad con los estatutos que establecen un caso *prima facie* de discriminación racial. Esto se puede hacer demostrando i) que pertenece a una minoría racial; ii) que aplicó y estaba cualificado para un trabajo para el cual el empleador buscaba candidatos; iii) que, a pesar de sus cualificaciones, fue rechazado; y iv) que, después de ser rechazado, el puesto se mantuvo disponible y el empleador siguió buscando candidatos entre personas con las aptitudes del demandante. [...] En el presente caso, estamos de acuerdo con el Tribunal de Apelaciones en el sentido de que el declarante demostró un caso *prima facie* (463 F.2d 337, 353). El demandante había solicitado mecánicos, es decir, la ocupación del demandado, y continuó haciéndolo después rechazar al demandado. Por otra parte, el demandante no discute las cualificaciones del demandado y reconoce que su rendimiento anterior en el trabajo para el demandante fue 'satisfactorio'. [...]

La carga debe, por tanto, desplazarse al empleador, quien debe presentar una razón legítima y no discriminatoria para justificar su rechazo al empleado. En el presente caso no es necesario que detallemos cada tema que de modo imparcial se podría reconocer como de un fundamento razonable para la negativa de contratar. El demandante ha mencionado la participación del demandado en una conducta ilícita contra aquel como la causa del rechazo. Consideramos que esto es suficiente como cumplimiento de la carga de la prueba por parte del demandante y para admitir la presunción de discriminación por parte del demandado.»

Los tribunales nacionales se han pronunciado sobre la cuestión de la carga de la prueba en casos de denuncias de discriminación en el empleo relacionadas con el VIH. El Tribunal Supremo de Trabajo del Brasil ha declarado que, cuando el empleador conoce el estado serológico respecto del VIH del trabajador, la carga recae sobre el empleador, quien debe demostrar que su decisión de despedir al trabajador no fue discriminatoria.

País: Brasil

Tribunal Supremo de Trabajo (TST), *Adriana Ricardo da Rosa v. Sociedade de Ónibus Porto Alegre Ltda – SOPAL*, caso núm. TST-RR-104900-64.2002.5.04.0022, sentencia de 3 de agosto de 2011, publicada el 2 de septiembre de 2011

En 2011 el Tribunal Federal Supremo del Trabajo, a partir del Convenio núm. 111 de la OIT y las observaciones correspondientes de la CEACR, sostuvo que el empleador demandado –no el demandante– tenía el deber de demostrar que el despido no se había debido al estado serológico respecto del VIH del demandante.

Protección contra la victimización

Un demandante puede ser disuadido de presentar una demanda de discriminación en el empleo por el temor a sufrir consecuencias negativas. Por ejemplo, un trabajador puede tener miedo de la divulgación pública de su estado serológico respecto del VIH, sobre todo si es probable que el caso se discuta en los medios de comunicación. El trabajador también puede estar preocupado por la publicidad o las reacciones negativas de familiares, amigos y la comunidad que pudieran derivarse de la divulgación. Otro factor disuasorio importante es el miedo a las represalias por parte del empleador contra el trabajador y los testigos. Estos temores, que pueden resultar fundados, deben enfrentarse con eficacia y transparencia en los tribunales nacionales y otros órganos de resolución de conflictos, a fin de que no impidan la aplicación eficaz de la legislación contra la discriminación.

Los jueces pueden enfrentar estos problemas asegurándose de que las denuncias sean tratadas en manera tal que se protejan los intereses de privacidad de quienes comparecen ante ellos. Se debe advertir a todas las partes y a los testigos que deben respetar la confidencialidad de los procedimientos. Los tribunales también pueden tomar medidas, como emitir órdenes de supresión de nombres, para salvaguardar la privacidad de las partes y ordenar que determinadas pruebas se inspeccionen en procedimientos a puerta cerrada (*in camera*).

Algunos países también han incluido disposiciones explícitas en su legislación nacional para garantizar el derecho a la asistencia jurídica, así como a mecanismos y procedimientos judiciales que garanticen que las personas que viven con o están afectadas por el VIH tengan acceso a la justicia.

País: Mozambique

Ley núm. 12/2009 de 12 de marzo de 2009 sobre los derechos y las obligaciones de las personas que viven con el VIH o el sida y la adopción de las medidas necesarias para la prevención, la protección y el tratamiento de las mismas, sección 44

«1) El Estado garantiza el derecho a la asistencia jurídica y los procedimientos judiciales para las personas que viven con el VIH o el sida o sus representantes.

2) Las organizaciones no gubernamentales y otras entidades sociales similares dedicadas a la prevención y la respuesta al VIH y el sida pueden proporcionar asistencia legal a las personas que viven con el VIH o el sida o a sus representantes.»

Donde existan los mecanismos, la legislación puede prever el ajuste a las necesidades específicas de una parte que viva o esté afectada por el VIH o el sida, así como de los testigos que estén presentes en la sala. La legislación nacional de Kenya muestra un ejemplo.

País: Kenya

Ley para la prevención y el control del VIH y el sida, núm. 14 de 2006

Sección 27: Atribuciones del Tribunal

«1) En la audiencia de una denuncia o apelación presentada en virtud de la sección 26, el tribunal tendrá todos los poderes de un tribunal inferior de primera instancia para citar testigos, tomar evidencias o declaraciones bajo juramento y solicitar la entrega de libros y otros documentos.

2) Si el tribunal lo considera conveniente, a fin de reducir al mínimo los gastos y evitar atrasos o por cualquier otra razón especial, podrá recibir pruebas mediante declaración jurada y podrá administrar los interrogatorios y exigir a la persona a la que se interroga a responder de manera completa y veraz en el plazo fijado por el tribunal.

3) En su resolución de cualquier caso, el tribunal podrá tomar en consideración cualquier evidencia que considere pertinente para el caso, independiente de si la evidencia fuera inadmisibile de conformidad con la Ley sobre evidencias.»

Medidas especiales para proteger los derechos de privacidad

Es posible que un demandante esté considerablemente preocupado por la publicidad no deseada si se presenta un caso en el que se alegue en su contra por discriminación concerniente al estado serológico respecto del VIH. Muchas personas pueden sentir temor de exigir sus derechos si esto conlleva exponerse a la crítica o la estigmatización por parte de los compañeros de trabajo, miembros de su familia o la comunidad

local. Por esta razón, se deben implementar y utilizar procedimientos especiales para proteger los derechos de privacidad de los denunciantes VIH-positivos; por ejemplo, órdenes de supresión de nombres que impidan que el nombre completo de un denunciante aparezca en los registros del tribunal.

Además, a las partes del caso, así como a los testigos que sean llamados a comparecer por cada una de ellas, se les debe advertir que deben mantener la confidencialidad de los procedimientos, y se debe garantizar la protección contra represalias contra el demandante y los testigos.

País: Sudáfrica

Tribunal Superior de Sudáfrica, *South African Security Forces Union (SASFU) v. Dirección General de Salud Pública*, caso núm. 18683/07, sentencia de 16 de mayo de 2008, pág. 4

«Los nombres de las personas mencionadas en a) no deben ser divulgados ni publicados de ninguna manera o medio por el secretario a cargo del registro, los demandados u otras personas o entidades.»

Recursos y sanciones eficaces

La CEACR constantemente ha resaltado la importancia de garantizar la existencia de recursos y sanciones adecuados en los casos de discriminación en el empleo. Las víctimas de discriminación deben beneficiarse de recursos idóneos que también tengan un efecto disuasivo sobre quienes consideren participar en prácticas discriminatorias. Hay que tener presente que al instituir este tipo de procedimientos, un trabajador toma riesgos tanto materiales como morales. La legislación podría, por ejemplo, incluir disposiciones de protección; pero si en la práctica les permite a los empleadores terminar la relación laboral de un trabajador que haya sido víctima de discriminación, estipular que solo deban pagar una indemnización no siempre constituirá una protección suficiente. Para garantizar que los recursos judiciales en casos de discriminación sean eficaces, es igualmente importante tratar los casos con rapidez, a fin de evitar que una situación potencialmente ilegal continúe, con las posibles consecuencias irremediables y negativas que eso podría tener. La CEACR ha señalado que, en el contexto de la protección contra la victimización, cuando un trabajador ha sido despedido por presentar una denuncia podría resultar adecuado incluir la reincorporación como parte de las reparaciones.

Sin embargo, la reincorporación podría no ser una reparación adecuada en casos de discriminación relacionados con el VIH, dado que el trabajador podría preferir no regresar –o podría simplemente ser incapaz de hacerlo– a un ambiente de trabajo hostil. Las reparaciones apropiadas en los casos de denegación de acceso al empleo o despido injustificado podrían incluir daños compensatorios, incluido el lucro cesante, así como daños y perjuicios morales o punitivos, cuando lo ampare la ley.

En los casos de discriminación en el empleo relacionada con el VIH, los tribunales nacionales han incluido el mandato a los empleadores para que desarrollen e implementen políticas sobre el VIH y el sida a fin de sensibilizar a los trabajadores y eliminar el estigma y la discriminación¹²². Además, cuando se han violado los derechos de privacidad del trabajador, los tribunales han tomado medidas para proporcionar las reparaciones pertinentes y disuadir a los empleadores y a terceros de violar la confidencialidad. Por ejemplo, en un caso presentado ante la Corte Constitucional de Colombia (*XX v. Gun Club Corporation y otros*, caso núm. SU-256/96, sentencia de 30 de mayo de 1996), el tribunal señaló que el médico del empleador había revelado el estado serológico respecto del VIH del empleado al empleador, lo que produjo el despido del empleado. Como parte de su fallo, en el que se consideró que el despido había sido discriminatorio, la Corte ordenó que una copia de la sentencia se comunicara al comité de ética médica para que la conducta del médico fuera evaluada.

Puntos de discusión

1. Si la discriminación contra las personas con VIH está prohibida por la ley:
 - a) ¿Cuáles son las reparaciones apropiadas cuando una persona es despedida de su puesto de trabajo debido a su estado serológico respecto del VIH?
 - b) ¿Cuáles son las sanciones adecuadas por el rechazo a contratar a una persona VIH-positiva?
2. En su jurisdicción, ¿cuáles obstáculos estructurales o de procedimiento considera que existen que pudieran impedir el acceso a la justicia de las personas que viven con o están afectadas por el VIH o el sida?
3. ¿Existen prácticas o procedimientos especiales que hayan sido aplicados en su jurisdicción para facilitar el acceso a la justicia de las personas en casos de supuesta discriminación relacionada con el VIH?

¹²² Véase Tribunal Canadiense de Derechos Humanos: *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.*, caso núm. TD 14/89, sentencia de 26 de septiembre de 1989.

Módulo 12: Muestra de un programa de capacitación y de actividades de aprendizaje

Esta sección y el CD-ROM adjunto reúnen actividades de aprendizaje y ejercicios que se pueden adaptar para elaborar talleres o seminarios de diferentes extensiones. Se proporciona un programa de tres días que pueda servir de base para un programa de capacitadores, o se podría adaptar para presentaciones más cortas. Estos son solo ejemplos, y se anima a los facilitadores a que adapten estas ideas al tiempo que tengan disponible y a las necesidades e intereses de su correspondiente público.

Instrucciones generales para los instructores y facilitadores

Si usted es un facilitador a cargo de presentar algunos o todos los módulos, le resultará útil tener presentes algunos principios generales.

- Los asistentes generalmente retienen solo una cantidad limitada del material presentado en cada sesión. Por lo tanto, las presentaciones breves y precisas, con mensajes claros, tendrán un impacto más duradero que se puede reforzar con los materiales incluidos en el manual y los apéndices.
- Un principio clave esencial en la enseñanza para adultos es la participación. Mientras más se aliente a los participantes a hacer preguntas, solicitar aclaraciones y compartir sus experiencias, participando activamente en las actividades de grupo y presentando los resultados y las conclusiones del trabajo en grupo, más internalizarán y retendrán los elementos esenciales de la capacitación.
- Es conveniente permanecer abierto y flexible al facilitar los módulos, de manera que se puedan incluir los ejemplos y las experiencias de los participantes. Algunos participantes podrían tener gran experiencia en las áreas cubiertas. Utilice esta experiencia de la mejor manera, alentando a estos participantes a que compartan sus experiencias. Mientras avanza el curso, esté preparado para adaptar algunos aspectos del curso a las necesidades e intereses expresados por los participantes.

- Incluso en grupos grandes y en sesiones plenarias puede realizarse un aprendizaje activo. Prepare preguntas para plantear a intervalos regulares, deténganse y compruebe si los participantes están siguiendo bien la información presentada y solicite comentarios.
- Una sesión plenaria se puede dividir en sesiones cortas de trabajo en grupo. Una manera eficaz de mantener la atención del grupo es simplemente dividirlos en parejas por unos minutos. Si es posible acomodar a los participantes en grupos de seis a ocho alrededor de una mesa, esto también es propicio para el trabajo informal en grupo, incluso durante una sesión plenaria.

Programa sugerido para un taller de tres días

Las actividades de aprendizaje y los ejercicios propuestos a continuación están disponibles en el CD-ROM adjunto. Se pueden imprimir y entregar como hojas de trabajo.

DÍA UNO: El VIH y el sida: un tema para jueces y profesionales del derecho

Introducción: comentarios de bienvenida

El poder judicial, la autoridad nacional sobre el sida, los ministerios de trabajo, salud o justicia, o la procuraduría, dependencias u organismos nacionales de derechos humanos o igualdad de oportunidades, las organizaciones de empleadores y empleados y los organismos de las Naciones Unidas pueden recomendar oradores adecuados para la sesión de apertura. Se deben incluir personas que viven con el VIH, ya sea en la sesión de apertura o tras la presentación de los modos de transmisión del VIH.

Presentación de los objetivos del taller

Explicar los objetivos del taller, que incluyen:

- familiarizar a los jueces y profesionales del derecho con las realidades del VIH y sus modos de transmisión;
- estudiar los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes al VIH y el sida;
- explorar cómo los tribunales pueden utilizar y han utilizado el derecho internacional al enfrentar casos relacionados con el VIH.

Ejercicio de introducción: Actividad núm. 1

RECESO

Ponga a prueba sus conocimientos sobre el VIH y el sida: Actividad núm. 2 (hoja de trabajo)

Presentación de los modos de transmisión del VIH

Esta presentación se puede basar en el módulo 1 del manual. También se podría complementar con un resumen de la situación de la epidemia presentado por un experto, posiblemente del ministerio de Salud o de la autoridad nacional en materia de sida, según corresponda. Las preguntas incluidas al final del módulo 1 se pueden utilizar para facilitar la discusión en grupo.

Discusión general

ALMUERZO

Actividad en grupo: Estudio de caso núm. 1 (hoja de trabajo)

Este estudio de caso se puede utilizar para estimular la discusión en grupo al respecto de la discriminación laboral y para preparar el terreno para la presentación y las actividades siguientes.

RECESO

Presentación sobre la discriminación contra las personas que viven con el VIH

Esta sesión proporcionará ejemplos de estigma y discriminación sufridos por personas que viven con o están afectadas por el VIH o el sida en diferentes contextos, en particular en el acceso a los servicios de salud, la educación y la vivienda, con especial atención a la discriminación en el empleo y la ocupación.

Para proporcionar ejemplos, los facilitadores pueden seleccionar algunos de los casos judiciales resumidos en los módulos 6 a 8 para ilustrar diferentes aspectos de la discriminación en el empleo y la ocupación.

Actividad en grupo: Estudio de caso núm. 2 (hoja de trabajo) o actividad núm. 3

DÍA DOS: La aplicación de los principios fundamentales de los derechos humanos: el marco jurídico y normativo

Resumen del primer día y de los objetivos para el segundo día (10 a 15 minutos)

Solicíteles a dos o tres participantes que resuman los principales elementos planteados durante el primer día. Los capacitadores podrían entonces presentar una breve explicación de los objetivos planteados para el segundo día del taller.

Presentación de los instrumentos regionales e internacionales pertinentes al VIH

Esta sesión proporcionará una visión general de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos aplicables en relación con el VIH y las formas en que han sido utilizados por los tribunales nacionales. Esta sesión se puede basar en los módulos 2 y 3 del manual y, para facilitar la discusión en grupo, se pueden utilizar las preguntas planteadas al final de cada módulo.

Discusión general

Presentación de la OIT y las normas internacionales del trabajo

Esta sesión proporcionará un resumen de la estructura de la OIT, las normas internacionales del trabajo y los mecanismos de supervisión. Esta sesión se puede basar en el módulo 4 del manual y, para facilitar la discusión en grupo se pueden utilizar las preguntas planteadas al final del módulo.

Discusión general

RECESO

Presentación de los principios clave de la Recomendación núm. 200

Esta sesión presentará un resumen de los principios clave de la Recomendación. También puede ocuparse del Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Se debe hacer la distinción entre la Recomendación, como una norma internacional del trabajo, y el repertorio como un conjunto de directrices voluntarias desarrolladas por un grupo tripartito de expertos. También se pueden estudiar otros convenios, pero como mínimo se deben incluir los Convenios núms. 111, 156 y 158 de la OIT (véase la lista de instrumentos importantes de la OIT en el apéndice 2 del CD-ROM adjunto). Esta sesión se puede basar en los módulos 4 y 5 del manual y puede utilizar las preguntas planteadas al final de los módulos.

Discusión general sobre la forma en que las leyes y políticas nacionales protegen el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH

ALMUERZO

Presentación sobre igualdad de género

La presentación sobre las cuestiones de igualdad de género y su importancia para el VIH se puede basar en los ejemplos presentados en el módulo 8, y las preguntas planteadas al final del módulo se pueden utilizar para facilitar la discusión en grupo.

Como alternativa, o además de la presentación, podría organizarse una mesa redonda sobre igualdad de género. Preseleccione un pequeño grupo de dos a cuatro participantes, intentando conseguir un número igual de hombres y mujeres, de ser posible. Solicite a cada miembro del grupo que prepare una breve presentación (de 5 a 10 minutos) sobre las medidas adoptadas en su jurisdicción, de conformidad con el derecho nacional e internacional, para promover la igualdad de género en el empleo y otros contextos.

Actividad en grupo: Estudio de caso núm. 3 (hoja para trabajo en clase) o actividad núm. 4

RECESO

Presentación sobre los grupos clave de población

Se puede preparar una presentación sobre los grupos clave vulnerables o con mayor riesgo de VIH en función del material y los ejemplos suministrados en el

módulo 9. Los capacitadores pueden estimular el debate en torno a los grupos clave en las epidemias nacionales proporcionando extractos de documentos que identifiquen a los grupos clave en los países de los participantes. Por ejemplo, se puede encontrar la información pertinente en los informes periódicos presentados por los países en cumplimiento de la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (2001) de las Naciones Unidas y en las estrategias nacionales para enfrentar el sida. La discusión se puede basar en las preguntas planteadas al final del módulo 9.

Discusión general

DÍA TRES: La utilización de la ley en apoyo a la respuesta al VIH

Resumen del segundo día y de los objetivos para el día tres (10-15 minutos)

Pídales a dos o tres participantes que resuman los principales elementos cubiertos durante el segundo día. Luego los capacitadores pueden presentar una breve explicación de los objetivos planteados para el tercer día del taller.

Presentación sobre asuntos de procedimiento: garantías judiciales

Se puede preparar una presentación acerca de las medidas procedimentales para proteger los derechos de las personas que viven con o están afectadas por el VIH, a partir del material y los ejemplos provistos en el módulo 10.

Discusión en grupo

RECESO

Actividad en grupo: Estudio de caso núm. 4 (hoja de trabajo)

ALMUERZO

Presentación sobre la función de los jueces y los profesionales del derecho en la respuesta al VIH

Se puede preparar una presentación acerca de la función de los jueces y los profesionales del derecho de acuerdo con el material y los ejemplos provistos en el módulo 10, seguida de una actividad con grupos pequeños sobre planificación de las acciones.

Actividad en grupo: Actividad núm. 3 (hoja de trabajo)

RECESO

Resumen y conclusiones

Final del taller



Servicio de VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo (ILOAIDS)
Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad (WORKQUALITY)

Oficina Internacional del Trabajo
Route des Morillons 4
CH - 1211 Ginebra 22
Suiza

Tel.: +41 22 799 6486
Fax: +41 22 799 6349

iloaids@ilo.org
www.ilo.org/aids



La OIT es una organización copatrocinadora
de ONUSIDA.

ISBN 978-92-2-329587-5



9 789223 295875