

SIDA Y DERECHO LABORAL (*)

por

OSCAR ERMIDA URIARTE (**)

SUMARIO:

INTRODUCCION Y JUSTIFICACION. — 1. ACCESO AL EMPLEO. - 1.1. Principios de no-discriminación. - 1.2. Los exámenes previos. - 1.3. El principio de confidencialidad. - 1.4. ¿Promoción del empleo?. — 2. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. 2.1. Proscripción del despido. - 2.2. Derecho a conservar un "empleo apropiado". - 2.3. Controles médicos. - 2.4. confidencialidad. - 2.5. Terminación de la relación de trabajo sin despido. — CONDICIONES DE TRABAJO. - 3.1. Exposición al riesgo de los trabajadores sanos. - 3.2. El trabajador séropositivo como factor de riesgo para el personal sano. - 3.3. Las condiciones de trabajo del trabajador sepositivo. — 4. INFORMACION Y RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. — BREVES ANOTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. — CONCLUSIONES.

INTRODUCCION.

1. Una aproximación a la consideración de las repercusiones del SIDA en el Derecho laboral, se justifica por varias razones.

Por una parte, es común decir que el Sida afecta, preponderantemente, a personas en edad laboralmente activa: alrededor del 90% de los infectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) forman parte de la PEA o están en edad de integrarla.

Por otro lado, esta misma constatación instala, en materia específica de Sida, toda la problemática propia de la relación entre salud y trabajo: ausentismo, productividad, costos laborales, costos de la seguridad social, etc.

(*) Reconstrucción de la conferencia dictada por el autor en el Seminario sobre "El Sida: Repercusiones en el ámbito laboral", celebrado en Montevideo, el 30 de noviembre de 1992.

(**) Profesor de Derecho del Trabajo y Director de Relasur/OIT. No obstante, este texto expresa opiniones personales del autor.

Al mismo tiempo, si salimos del campo estadístico y economicista para ingresar en otro más humano y social, se constata que el lugar de trabajo y el sindicato son ámbitos apropiados para llevar adelante parte de la labor de difusión e información que se reconoce como esencial para la prevención del mal en cuestión.

Finalmente, pero como punto más importante desde nuestro punto de vista, cuando el Sida es analizado en el marco de las relaciones laborales, aparecen en juego varios derechos fundamentales: el derecho al trabajo, a la no discriminación y a la salud.

2. Casi no existen normas laborales específicamente referidas al Sida.

Cabe destacar, en primer lugar, la Declaración conjunta OMS/OIT, dada en el marco de la Reunión Consultiva sobre el Sida y el lugar de trabajo, celebrada en Ginebra, los días 27 y 28 de junio de 1988.

En segundo término, si bien no hay normas internacionales del trabajo que expresamente se refieran al Sida, varios convenios y recomendaciones de la OIT son de aplicación. Entre otros, el convenio internacional del trabajo N° 111 sobre protección contra la discriminación, el N° 158 sobre terminación de la relación de trabajo, el 159 sobre minusválidos, así como los convenios sobre seguridad e higiene, seguridad social y libertad sindical, negociación colectiva y consulta y colaboración (1).

Y en tercer lugar, es posible encontrar, a veces, disposiciones laborales aisladas en normas de salud pública sobre el Sida, como por ejemplo, en el decreto colombiano 559 de 22 de febrero de 1991, al que haremos alusión más adelante.

3. En todo caso, ante lo que aparentemente sería una falsa oposición entre el derecho al trabajo, a la libertad y a la dignidad del trabajador infectado, por un lado, y el derecho de la comunidad a la salud, por otro, parecería imponerse, como criterio rector, el *principio de no discriminación*. A partir de éste, se postulan otros criterios complementarios que se desarrollarán en el curso de esta exposición, tales como: (a) los trabajadores seropositivos pero asintomáticos deben ser tratados como cualquier otro trabajador sano; (b) los trabajadores afectados de Sida u otra enfermedad conexas deben ser tratados como cualquier trabajador enfermo; y (c) la confidencialidad de los resultados de las pruebas clínicas, salvo excepciones.

4. A continuación analizaremos algunos aspectos de Derecho del trabajo que se ven afectados o entran en juego en relación con el Sida, o saber: el acceso al empleo, la conservación del empleo, las condiciones de trabajo durante la vigencia de la relación laboral, el papel de la información y las relaciones colectivas, y algunos aspectos sobre seguridad social.

(1) Véase, con provecho, TREBILCOCK, Anne, *El SIDA y el lugar de trabajo. Orientaciones deducibles de las normas internacionales del trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, vol. 108 n° 2, págs. 219 y sigs.

1. ACCESO AL EMPLEO.

5. El primer problema que se plantea es el del acceso al empleo por parte del trabajador afectado del VIH o sospechoso de estarlo. Este trabajador deberá estar en igualdad de condiciones con los demás en tanto postulante para ocupar un puesto de trabajo.

1.1. *El principio de no discriminación.*

6. El convenio internacional del trabajo n° 111 establece el principio de igualdad de oportunidades de acceso al empleo y en éste, en normas que sin mencionar expresamente al VIH ni al Sida, se consideran enteramente aplicables a los trabajadores afectados.

Este principio de igualdad de trato podría admitir una excepción, prevista en el párrafo 2 del art. 1, del Convenio 111, que establece que "las excepciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminación". Aplicado este criterio al VIH y al Sida, determinaría que el trabajador seropositivo tiene los mismos derechos que los otros para acceder al empleo, salvo que su estado de salud: (a) le impidiera desarrollar normalmente la tarea en cuestión (las normas no admiten distinciones sobre estados de salud pasados o futuros); o (b) supusiera un riesgo para los demás (véase *infra*, párrafo 3).

1.2. *Los exámenes clínicos.*

7. Los exámenes clínicos de detección del VIH están en el centro de la tormenta cuando de no discriminación se trata. En efecto, estos exámenes suelen ser la vía, directa o indirecta, de limitación del acceso al empleo. Por eso se tiende a postular la proscripción de la obligatoriedad de estos exámenes.

Así, el art. 22 del decreto reglamentario sobre el Sida, en Colombia, dispone que "la exigencia de pruebas serológicas para determinar la infección por el VIH queda prohibida en las siguientes circunstancias: (a) admisión o permanencia en centros educativos, deportivos o sociales; (b) acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma (...)".

Analógicamente, la Declaración de la OMS y la OIT establece que no debe exigirse la investigación del VIH-SIDA previa a la contratación como parte de las pruebas de aptitud para el trabajo (cláusula V-A), y una declaración de Ministros de Sanidad de los Estados miembros de la CEE, de 1988, descalifica el referido examen previo a los solicitantes de empleo (2).

Los fundamentos de esta proscripción de la obligatoriedad del examen previo parecen claros: (1°) no hay relación directa entre la "sero-

(2) Conf. TREBILCOCK. Anne, *cit.*, pág. 225.

positividad" de una persona y el trabajo que habrá de realizar; y (2°) son un poderoso instrumento discriminatorio (3).

1.3. *La confidencialidad.*

8. Pero no alcanza con proscribir la obligatoriedad del análisis clínico, porque a pesar de la prohibición, a menudo los exámenes se hacen igual, y porque, en los casos de consentimiento, el problema se replantea con el destino de los resultados. Surge así el principio de la confidencialidad de los mismos, que entronca con una tendencia del Derecho del trabajo a resaltar la protección de la intimidad del trabajador.

En efecto, la aparición o difusión del SIDA ha coincidido —aproximadamente—, con la difusión, en la ciencia jurídica en general, del concepto del *respeto a la intimidad*, como derecho de la persona humana, y en el ámbito específico del Derecho del Trabajo, con la profundización de los estudios sobre la *protección de la intimidad del trabajador tanto ante el empleador*, en el seno de la relación de trabajo, como *ante sus compañeros*, en el conjunto de la empresa o en el lugar de trabajo (4).

9. De ahí derivan varias premisas que hoy se reconocen o se proponen, en relación con la difusión de los exámenes clínicos o del estado de salud del trabajador seropositivo.

La Declaración de OMS/OIT de 1988 postula la garantía de la índole confidencial de las pruebas del VIH: "Se debe respetar el carácter confidencial de toda información médica, inclusive, sobre la situación relativa al VIH/SIDA" (V-B, 2).

Correlativamente, el párrafo siguiente de la Declaración (V-B, 3), establece que "el trabajador no debe estar obligado a informar al empleador acerca de su situación en relación con el VIH/SIDA".

En idéntico sentido, *el art. 35 del Decreto colombiano de 1991*, dispone que "los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o su relación de riesgo con respecto al mismo".

Y antes, *el art. 32* establecía la obligación de confidencialidad para médicos y personal sanitario, sin perjuicio de las obligaciones de informar a organismos públicos y a personas expuestas a contagio (art. 33).

1.4. *¿Promoción del empleo?*

10. El Derecho laboral es rico en medidas de promoción del empleo de sectores "débiles" o particularmente expuestos a la desocupación o a la discriminación de acceso: exoneraciones fiscales a la contratación de

(3) Por supuesto, hay excepciones de interpretación estricta: actividades en las cuales la afección del trabajador puede ser un riesgo para terceros.

(4) PLA RODRIGUEZ, Américo, *El Derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador*, en rev. Derecho Laboral, Montevideo 1988, t. XXIX n° 144, págs. 587 y sigs.

jóvenes, trabajadores de edad madura, desocupados o minusválidos, en *España*; exoneraciones fiscales a la contratación de desocupados que se sometan a programas de recapacitación profesional, en la última Ley de Rendición de Cuentas de *Uruguay*; cuotas mínimas de contratación de minusválidos en la Administración Pública en *Uruguay*; otros tratamientos de favor a empresas que contratan minusválidos en *España* y otros países (5).

¿Podría aplicarse este tipo de mecanismos para favorecer el acceso al empleo de los seropositivos? En todo caso, parece existir cierto grado de incompatibilidad entre, por un lado, la proscripción del examen obligatorio y la confidencialidad de los resultados, y por otro, el establecimiento de un régimen de promoción del empleo de los afectados por el VIH, que supone la identificación de éstos.

2. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.

11. El riesgo de discriminación en el acceso al empleo existe también en el otro extremo de la relación de trabajo: para el "seropositivo" es tan difícil entrar como fácil que lo saquen.

Tomando prestada la expresión médica que habla de "grupos de riesgo" para referirse a sectores expuestos a contraer el virus, podríamos decir que los portadores del VIH y los "sospechosos" de serlo, constituyen un "grupo de riesgo laboral". Están particularmente expuestos a la discriminación y persecución en el empleo, incluido el despido. Otros "grupos de riesgo" son, por ejemplo, los dirigentes y activistas sindicales, los trabajadores enfermos en general, la trabajadora grávida o que ha dado a luz, para todos los cuales el Derecho laboral ha elaborado mecanismos especiales de protección.

(5) Cabe señalar, sin embargo, que al mismo tiempo, en el Derecho positivo laboral uruguayo existen dos tipos de trabajadores enfermos, respecto de los cuales se prevén formas de empleo supuestamente promovidas en base a mecanismos que hoy podrían ser considerados discriminatorios: cardíacos y diabéticos. En efecto, respecto de los primeros, la ley 11.781 de 20 de noviembre de 1951 exime a los empleadores que den trabajo a personas con afecciones cardíacas o vasculares certificadas por la Comisión Honoraria de Protección al Cardíaco, de la obligación de concederles licencias por enfermedad y preavisos o compensaciones en caso de despido o cese. Respecto de los segundos, la ley 14.032 de 8 de octubre de 1971, establece que los diabéticos que hayan sido declarados aptos para trabajar, no serán confirmados en el cargo hasta dos años después de su designación, agregándose que "a los efectos de usufructuar de los beneficios que establece la presente ley, la persona diabética deberá comprobar su calidad de tal, por intermedio del Carnet de Diabético expedido por el Ministerio de Salud Pública y sujeto en su forma y datos a lo que disponga la reglamentación pertinente".

Como se ve, estas normas presentan varios elementos que hoy podrían ser tachados de discriminatorios: no confidencialidad de los datos clínicos, examen clínico que, si no es obligatorio es, si indispensable para acceder a ciertos derechos y, finalmente, condiciones menos favorables que las comunes.

2.1. *Imprudencia del despido.*

12. Ser portador del VIH o padecer de SIDA o de una enfermedad conexas no es causa de despido. Así surge tanto de los principios generales, como del art. 4 del Convenio Internacional del Trabajo y de la cláusula V-B, 8 de la Declaración de la OMS y la OIT.

Ese despido será injustificado. La consecuencia dependerá del respectivo régimen nacional. En algunos países será un despido nulo, con reincorporación real o ficta, según el caso; en otros, como en Uruguay, podrá constituir un despido abusivo, dado su carácter discriminatorio, sin perjuicio de la aplicabilidad eventual de las normas específicas sobre despido de trabajador afectado de enfermedad común o de enfermedad profesional o por un accidente del trabajo (véase *infra*, párrafos 5.2. y 5.3.).

2.2. *Derecho a conservar un "empleo apropiado".*

13. Si el trabajador afectado tiene disminuida su capacidad para desarrollar su tarea habitual, pero la conserva para otras tareas, tiene derecho a que el empleador le asigne una nueva tarea, adecuada a su nueva capacidad laborativa (Declaración OMS/OIT, cláusula V-B, 7). Nos parece que en este caso la situación es análoga a —o coincide con— la del trabajador con capacidad laboral disminuida a raíz de una enfermedad común o profesional o de un accidente del trabajo.

2.3. *Exámenes clínicos.*

14. Se replantea aquí la problemática de los exámenes clínicos de detección de la infección (*supra*, 1.2 y 1.3), reiterándose la importancia de su voluntariedad y confidencialidad, dado que, a menudo, sus resultados son el elemento desencadenante del despido.

Por eso, las limitaciones a la obligatoriedad del examen y a la difusión de sus resultados no se circunscriben al solicitante de empleo, sino que alcanzan también al trabajador ya empleado.

15. Debe consignarse, asimismo, que la confidencialidad de los resultados de los exámenes practicados lleva a considerar su difusión como hipótesis de abuso de derecho, independientemente del hecho mismo del despido, que podrá existir o no, y ser justificado o no.

2.4. *Terminación de la relación de trabajo por causa ajena al SIDA, pero sin despido.*

16. Por supuesto que también pueden darse casos en los cuales el trabajador afectado de SIDA o de una enfermedad conexas vea terminada su relación de trabajo, sin despido. Tales serían los casos en los cuales el trabajador alcanzara una incapacidad total para el trabajo o tuviera una ausencia cuya prolongación fuere incompatible con el mantenimiento de la relación de trabajo. Tales situaciones desplazarían la situación al área de lo seguridad social (*infra*, 5).

3. CONDICIONES DE TRABAJO.

17. Vistos el ingreso a la relación de trabajo (acceso al empleo, supra, 1) y la salida de ella (estabilidad en el empleo, supra 2), corresponde ahora enfocar el “durante”: las condiciones de trabajo durante la relación de trabajo de un trabajador afectado o expuesto al riesgo de infección.

Este análisis admite tres enfoques, a saber: (a) la exposición al riesgo de los trabajadores sanos, (b) el trabajador infectado como factor de riesgo para los otros trabajadores y terceros que se relacionan con él o con su lugar de trabajo, y (c) las condiciones de trabajo apropiadas para el trabajador afectado.

3.1. Exposición al riesgo de los trabajadores sanos.

18. Es éste un problema de seguridad e higiene laboral, en el cual el eje radica en la prevención.

Es sabido que el empleador es un deudor de seguridad: tiene la responsabilidad genérica —ante la colectividad y el Estado— y la responsabilidad contractual —ante el trabajador— de garantizar condiciones de higiene y seguridad a sus subordinados.

Ahora bien, *normalmente*, el lugar de trabajo no implica riesgo de infección ni para los trabajadores, ni para los clientes, ni para otros terceros que se vinculen con la empresa (por ejemplo, proveedores). Hay, por supuesto, *excepciones*, de dos tipos: (a) determinados “puntos de riesgo” en actividades comunes o no riesgosas (*primeros auxilios*), y (b) actividades laborales más propensas al riesgo (*algunas de las de la salud*).

19. Con respecto a los botiquines y otros servicios de primeros auxilios en los establecimientos “comunes”, bastaría observar las precauciones habituales a toda enfermedad infecto-contagiosa. La cláusula V-B,9 de la Declaración OMS/OIT dice que “en toda situación que exija primeros auxilios en el lugar de trabajo, habrá que tomar precauciones para reducir el peligro de transmitir infecciones sanguíneas, entre ellas, la hepatitis B. Esas precauciones generales resultarán igualmente eficaces contra la transmisión del VIH”.

Y en relación a las actividades de atención a la salud, puede considerarse que encierran —consustancialmente— un riesgo mayor que las actividades “comunes”. Por más que esta afirmación pueda ser objeto de debate, parece obviamente recomendable que en el sector de la salud se extremen las medidas de prevención y protección que técnicamente correspondan. Más aún, si por un lado el trabajador de la salud no puede negarse a atender un paciente o a practicar los actos médicos o sanitarios que correspondan sin incurrir en omisión de asistencia, por otra parte es claro que ese trabajador puede negarse lícitamente si no se le proporcionan las medidas e instrumentos de seguridad apropiados.

3.2. El trabajador "seropositivo" como factor de riesgo para el personal sano y los terceros.

20. Este es el punto en el cual aparece la oposición —generalmente falsa oposición— entre el derecho del trabajador infectado al trabajo, la libertad y la dignidad, y la protección de la salud de los demás.

Como punto de partida es necesario reiterar que *normalmente* el trabajador con VIH no entraña riesgo de contagio para sus compañeros ni para los clientes, proveedores, etc. Los casos excepcionales, ubicados en los "puntos" y sectores ya indicados —a los cuales aquí habría que agregar las actividades relacionadas con el ejercicio de la prostitución o, como dice elegantemente el decreto colombiano, "los establecimientos que ofrezcan facilidades para la realización de prácticas sexuales" (art. 27)—, exigen la extremación de las medidas de prevención y de seguridad. El debate está abierto en cuanto a la procedencia —o no— del examen clínico obligatorio para estos trabajadores, la habilitación de la no-contratación y el despido (6) o la reasignación de tareas.

3.3. Las condiciones de trabajo del trabajador seropositivo.

21. De conformidad con la Declaración de OMS/OIT (V-B.7), "la infección por el VIH no entraña por sí misma limitación alguna de la aptitud para el trabajo. Si ésta se encuentra menoscabada por una enfermedad relacionada con el VIH, se deberán tomar medidas adecuadas para efectuar un cambio razonable de condiciones de trabajo".

Nos parece —como adelantáramos— que aquí se da una clara analogía —si no una plena coincidencia— con la situación de los otros tipos de trabajadores con quebrantos de salud, que tienen derecho a no estar sometidos a condiciones de trabajo perjudiciales para su específico estado de salud.

4. INFORMACION Y RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

22. Existe un acuerdo generalizado acerca de la importancia que tiene una adecuada *información* de la sociedad en su conjunto, sobre un tema rodeado de prejuicios y aprensión.

Esta afirmación general es igualmente válida en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, debe comenzar por destacarse la *importancia de la información en la empresa y en el sindicato*: (a) para evitar actitudes discriminatorias o estigmatizantes, que pueden provenir del empleador, de los compañeros, del sindicato, de clientes, proveedores y otros terceros; y (b) para apoyar las campañas públicas de difusión general.

(6) A favor del despido en estos casos: CANCINO, Miguel A., *El Sida y el Derecho del trabajo*, en Revista Laboral Chilena, Santiago 1982, pág. 88. En contra: TREBILCOCK, Anne, *ob. cit.*, pág. 228.

Pero también es necesario subrayar la *importancia de la consulta, participación y negociación colectiva*: (a) con los mismos fines; y (b) para solucionar conflictos planteados por el personal sano contra el seropositivo. Existen, al respecto, algunos ejemplos prácticos: (1) convenios colectivos que incluyen cláusulas de no discriminación por VIH o SIDA en algunos países europeos; y (2) la Declaración conjunta sobre "El SIDA y el empleo" de la Confederación Británica de Industrias (CBI) y el TUC (Congreso de Sindicatos del Reino Unido).

En general, la materia "se presta, por supuesto, plenamente a la negociación colectiva" (7).

5. BREVES ANOTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.

23. Los principios emanados de la Declaración de OMS/OIT, de la aplicación de las normas nacionales del trabajo y de "la doctrina más recibida", parten de *tres premisas de interés en materia de seguridad social*:

- a) los trabajadores seropositivos pero asintomáticos deben ser tratados como cualquier trabajador (*sano*);
- b) los trabajadores que tienen síntomas pero que están en condiciones de trabajar deben recibir el tratamiento de los trabajadores afectados de cualquier afección; y
- c) los trabajadores infectados cuya enfermedad les impide trabajar, son los que normalmente ocuparán a la seguridad social, sin perjuicio de que los otros también podrán hacerlo, ocasionalmente.

5.1. Seguro de paro.

24. Como ya se vio, la afección no es, por sí sola, causa suficiente de despido. Por tanto, el trabajador afectado que, estando en condiciones de trabajar, haya perdido su empleo, tendrá derecho a percibir el subsidio por desocupación, en igualdad de condiciones con el común de los trabajadores.

5.2. Enfermedad común.

25. El trabajador seropositivo o afectado de SIDA u otra enfermedad conexas cuyos síntomas le impidan trabajar en determinados períodos, recibirá el régimen laboral y de seguridad social correspondiente al trabajador afectado de una enfermedad común, tanto en cuanto a la licencia por enfermedad y a la percepción del salario o de un beneficio sustitutivo, como en cuanto a su derecho a ser reincorporado a su cargo habitual o a una tarea adecuada a su nueva capacidad laborativa.

Todo ello, siempre y cuando la afección haya sido contraída independientemente del trabajo, y no a causa o en ocasión del mismo.

(7) TREBILCOCK, Anne, *loc. cit.*

5.3. Accidente de trabajo o enfermedad profesional.

26. Si la afección fue contraída a causa o en ocasión del trabajo, podría considerársele como accidente de trabajo o enfermedad profesional, y el trabajador en cuestión recibiría las prestaciones y el tratamiento jurídico correspondientes.

5.4. Régimen jubilatorio.

27. La incapacidad laboral sobreviniente puede, también, poner en juego o ser cubierta por institutos tales como jubilaciones o pensiones por invalidez.

CONCLUSIONES.

28. Hoy por hoy, la opinión prevaleciente en los foros internacionales tiende a considerar que, en el ámbito estrictamente laboral, el tratamiento del trabajador afectado del VIH, del Sida, o de una enfermedad conéxa debe estar presidido por *el principio de no discriminación*.

Si bien *casi no existen normas específicas* que regulen las repercusiones del VIH y del SIDA sobre el ámbito de las relaciones laborales, existen sí normas generales, como varios *convenios internacionales del trabajo*, que son de aplicación a este caso e inducen soluciones aparentemente adecuadas, sin perjuicio de algunos aspectos concretos sujetos a debate. El análisis del derecho nacional interno podría revelar algunos desajustes, sin perjuicio de la viabilidad de la construcción de soluciones doctrinales a partir de los principios.

Finalmente, es este un tema que se presta como pocos, al estudio multidisciplinario, un tipo de análisis cada día más necesario pero siempre poco practicado.