



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

---

# EL SIDA Y LA RELACIÓN LABORAL

*Memoria de prueba para optar al grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

**Autor:** Rafael Ignacio Di Pillo Sanhueza  
Esteban Ignacio Ramírez Segura

**Profesor Guía:** Ricardo Juri Sabag

---

Santiago, Chile - Diciembre 2006

# ÍNDICE

<b>ÍNDICE .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b><u>CAPÍTULO I: VIH/SIDA, DISCRIMINACIÓN Y DERECHO LABORAL. ASPECTOS GENERALES .....</u></b>	<b><u>9</u></b>
<b>1. EL VIH/SIDA:.....</b>	<b>9</b>
<b>2. LAS VÍAS DE TRANSMISIÓN DEL VIH.....</b>	<b>12</b>
2.1. RELACIONES SEXUALES COITALES NO PROTEGIDAS (SIN PRESERVATIVO) CON UNA PERSONA INFECTADA. ....	13
2.2. TRANSMISIÓN PARENTERAL O SANGUÍNEA. ....	14
2.3. TRANSMISIÓN VERTICAL .....	14
<b>3. LA PANDEMIA DEL SIDA .....</b>	<b>15</b>
<b>4. EL VIH/SIDA EN CHILE.....</b>	<b>25</b>
<b>5. EL VIH/SIDA EN EL MUNDO LABORAL .....</b>	<b>32</b>
<b>6. SIDA, MUNDO LABORAL Y DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>39</b>
<b>7. VIH/SIDA Y DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>44</b>
<b>8. VIH/SIDA Y PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN CHILE .....</b>	<b>47</b>

8.1. EL MARCO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	52
8.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	53
8.1.2. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	54
8.1.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos .....	55
8.1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	59
8.1.5. El Convenio 111 de la OIT.....	61
8.2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL DERECHO INTERNO CHILENO .....	65

**CAPÍTULO II: VIH/SIDA Y LAS DISTINTAS FASES DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO .....** **79**

<b>1. LA FASE PRE-CONTRACTUAL .....</b>	<b>79</b>
1.1. ASPECTOS GENERALES .....	79
1.2. SITUACIÓN DE LOS AFECTADOS POR VIH/SIDA .....	84
<b>2. EL VIH/SIDA DURANTE LA FASE CONTRACTUAL .....</b>	<b>94</b>
2.1. UNA POLÍTICA CONSENSUADA PARA EL VIH/SIDA EN EL LUGAR DE TRABAJO .....	95
2.2. EDUCACIÓN Y PREVENCIÓN COMO BASE DE UNA POLÍTICA LABORAL CONTRA EL VIH/SIDA .....	102
2.3. VIH/SIDA Y DISCRIMINACIÓN DURANTE LA RELACIÓN LABORAL.....	108
<b>3. VIH/SIDA Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....</b>	<b>117</b>

**CAPÍTULO III: VIH/SIDA Y PROCEDIMIENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES .....** **129**

<b>1. EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 19.779.....</b>	<b>129</b>
--	------------

<b>2. OTRAS ACCIONES QUE PUEDE INTERPONER EL AFECTADO POR VIH/SIDA.....</b>	<b>130</b>
2.1. LA SEDE ADMINISTRATIVA.....	131
2.2. LA SEDE LABORAL.....	136
2.3. LA ACCIÓN CIVIL.....	143
2.4. LA SEDE CONSTITUCIONAL.....	145
<b><u>CONCLUSIONES.....</u></b>	<b><u>148</u></b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA.....</u></b>	<b><u>154</u></b>

# INTRODUCCIÓN

No cabe duda que en la actualidad la epidemia del VIH/Sida se ha transformado en una crisis mundial y constituye uno de los retos más monumentales para el desarrollo y el progreso social.

En los países más afectados, la epidemia merma los beneficios conseguidos en muchos años de desarrollo, socava las economías, amenaza la seguridad y desestabiliza las sociedades. En el África Subsahariana, donde según datos de Naciones Unidas, la epidemia tiene ya efectos devastadores, la crisis ha creado una situación de urgencia. Sin embargo, resultaría erróneo pensar que sólo en esas remotas regiones el avance de la enfermedad se ha tornado preocupante, también lo es en nuestro contexto latinoamericano.

Además de los sufrimientos que impone a las personas y sus familias, la epidemia afecta profundamente el tejido social y económico de las sociedades. El VIH/Sida constituye una amenaza mayor para el mundo del trabajo: afecta al sector más productivo de la población activa, reduce los ingresos e impone costos elevados a las empresas de todos los sectores como consecuencia de la disminución de la productividad, del aumento del costo de la mano de obra y de

la pérdida de trabajadores calificados y con experiencia. Asimismo, el VIH/Sida menoscaba los derechos fundamentales en el trabajo, sobre todo debido a la discriminación y el rechazo de que es objeto la gente que vive con el virus o se ve afectada por el mismo. La epidemia y sus efectos aquejan más cruelmente a los sectores más vulnerables de la población, incluidos los niños y las mujeres, aumentan por ende las desigualdades de trato existentes entre hombres y mujeres y exacerban el problema del trabajo infantil.

La comunidad internacional desde hace un tiempo a esta parte ha ido desarrollando diferentes estrategias para hacer frente a este mal. Así por ejemplo, en lo que respecta al ámbito laboral, la Organización Internacional del Trabajo en coordinación con otros organismos, como la Organización Mundial de la Salud, ha elaborado una serie de directrices tendientes a señalar a los diferentes países asociados cuales son las vías y mecanismos de acción más adecuados.

En lo que respecta a Chile, se puede afirmar que progresivamente en nuestro país se ha ido tomando conciencia de la gravedad de esta epidemia, y de sus graves efectos sociales, y en función de ello se han llevado adelante continuas campañas orientadas a educar a la población y prevenir su propagación.

En el ámbito legal, dentro de las distintas iniciativas destinadas a hacer plenamente aplicables y efectivas en nuestro medio las obligaciones

internacionales adquiridas a raíz de los acuerdos suscritos, y especialmente aquellas referidas a evitar y sancionar toda forma de discriminación, tiene especial importancia la ley 19.779, vigente desde el año 2001, que busca precaver la exclusión arbitraria de aquellas personas infectadas por el VIH, particularmente en el ámbito laboral.

En las siguientes páginas, abordaremos el estudio de esta normativa, señalando sus alcances, y mecanismos para hacerla efectiva.

En la primera parte realizaremos una pequeña aproximación a lo que es el SIDA, y los alcances actuales de la epidemia, basándonos para ello en los datos que al efecto han elaborado las instancias nacionales e internacionales. Asimismo, expondremos el marco general antidiscriminación vigente en nuestro medio, emanado tanto de los tratados internacionales suscritos por Chile, como de las disposiciones de nuestra Constitución.

En una segunda parte, analizaremos las implicancias que tiene el VIH/SIDA en las distintas fases de la relación laboral y los resguardos que establece la ley, desde antes de que exista un contrato de trabajo, hasta el momento del cese de funciones del trabajador. En este punto distinguiremos particularmente las diferencias que deben tenerse en consideración entre aquellas personas infectadas por el VIH pero asintomáticas, y aquellas que ya han desarrollado en su cuerpo el SIDA.

Finalmente, estudiaremos los mecanismos de acción que puede utilizar la persona que se sienta objeto de discriminación producto de su condición de seropositivo, para hacer respetar sus derechos laborales.

# **CAPÍTULO I: VIH/SIDA, DISCRIMINACIÓN Y DERECHO LABORAL. ASPECTOS GENERALES**

## **1. EL VIH/SIDA:**

Aunque se los suele usar en una misma frase, e incluso confundir entre sí, resulta importante aclarar de entrada que hablar de SIDA y VIH no es una y la misma cosa.

El VIH es el acrónimo utilizado para referirse al Virus de la Inmunodeficiencia Humana. Este es un virus proteico, con varias capas esféricas, miembro de la familia de los *retroviridae* (retrovirus) clasificado en el subgrupo de los *lentivirina* (lentivirus), que se caracterizan por tener un periodo de incubación prolongado antes de la aparición de los síntomas de la

enfermedad, infectan las células de la sangre y del sistema nervioso y suprimen el sistema inmunitario<sup>1</sup>.

En cuanto virus, el VIH se define por la imposibilidad que tiene de reproducirse a sí mismo, por lo que para hacerlo necesita alojarse en una célula huésped que le permita sintetizar la proteína. Su material genético se compone principalmente de ARN (ácido ribonucleico) que debe copiarse en ADN (ácido desoxirribonucleico) bicatenario para poder multiplicarse e integrar en el núcleo de la célula que infectan. Los antígenos (proteínas) de la envoltura exterior permiten al virus adherirse e infectar a las membranas de las células, particularmente a los linfocitos T4<sup>2</sup>.

La característica principal del VIH, y que lo diferencia de otros virus, es que ataca las células del propio sistema inmunológico, por lo que éste no puede deshacerse de él. Ello produce una baja general en las defensas del cuerpo, perdiendo gran parte de la protección frente a la acción de otras enfermedades, como cánceres e infecciones, que pueden de este modo desarrollarse ilimitadamente en el individuo que se encuentra vulnerable debido a un sistema inmunológico deficiente e incapaz de protegerlo.

---

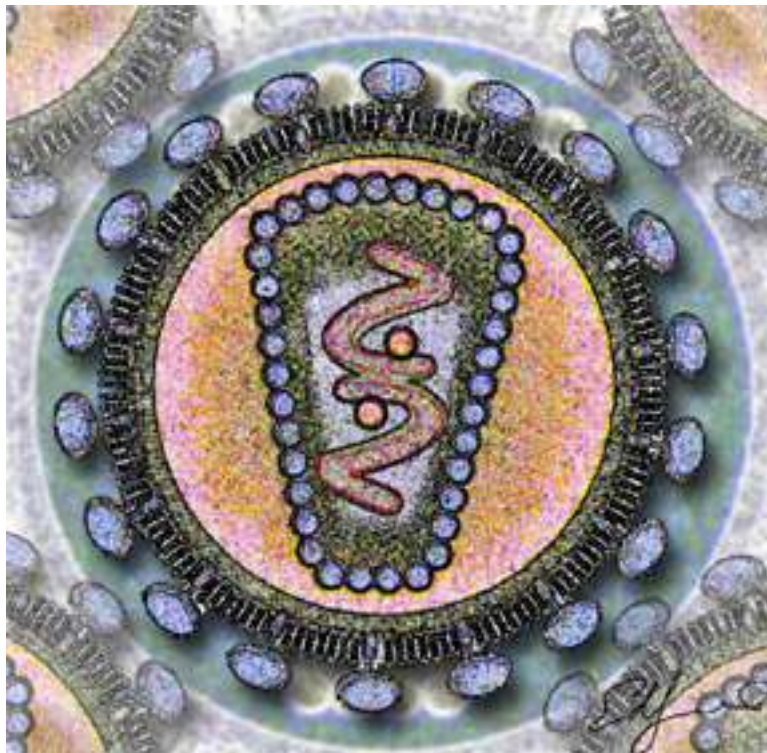
<sup>1</sup> El Virus VIH y el SIDA, en «Entretecho, Conversaciones Bioéticas sobre Sexualidad», <http://www.uchile.cl/bioetica/entre/docs/sida.htm>

<sup>2</sup> El Virus del Sida, en «VIHSIDA en Chile», [http://www.vihsida.cl/paginas/el\\_virus\\_del\\_sida.html](http://www.vihsida.cl/paginas/el_virus_del_sida.html)

Es importante aclarar que aún cuando el virus del VIH se encuentre presente en las células del organismo, éste puede no provocar ninguna alteración en la persona, o alterar sólo de manera no relevante su sistema inmunológico, el cual podrá seguir efectuando su misión de protección frente a los agentes infecciosos externos. En este caso, hablamos de un portador de VIH asintomático, o *seropositivo*, situación que puede extenderse por muchos años. No obstante, pese a que el portador puede no presentar signos externos o síntomas de la enfermedad, ello no significa que ésta no se encuentre presente en su organismo, y que a su vez pueda transmitírsela a otras personas por las vías adecuadas al efecto.

Por su parte hablamos de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) cuando producto de la acción del VIH sobre las células del sistema inmunológico se provoca un serio daño en éstas, con lo que el cuerpo humano se ve incapaz de impedir el ingreso de otras infecciones oportunistas que aprovechan la impotencia del sistema inmunológico provocada por el VIH, para afectar gravemente al individuo. De este modo, enfermedades que bajo circunstancias normales podrían tener un impacto muy bajo sobre la persona, o incluso carecer absolutamente de él (como podría ser un resfrío común), bajo las condiciones de infección avanzada por VIH que se presentan en el SIDA, pueden transformarse en mortales.

**Corte del virus de la Inmunodeficiencia Humana, VIH**



## **2. LAS VÍAS DE TRANSMISIÓN DEL VIH**

Como veremos en el curso de esta memoria, uno de los aspectos que más incide en el trato discriminatorio que reciben los afectados por el VIH/SIDA proviene de la ignorancia que se tiene respecto a las formas de contraer la enfermedad, por eso creemos necesario realizar desde ya una breve aproximación a cuáles son los únicos medios de contagio que hasta ahora han sido clínicamente comprobados. Estos son fundamentalmente tres:

## **2.1. Relaciones sexuales coitales no protegidas (sin preservativo) con una persona infectada.**

El virus se encuentra en las secreciones genitales de los sujetos infectados, sea que hayan desarrollado el SIDA, o que sólo sean portadores asintomáticos. En el hombre el virus se encuentra en el semen, y también en el líquido pre-eyaculatorio, es decir, las secreciones prostáticas que se producen antes de la eyaculación. Por su parte, en la mujer se encuentra en las secreciones del cuello uterino y de la vagina.

En la práctica, la infección puede producirse cuando esas secreciones entran en contacto con las mucosas de la pareja (mucosa genital, anal o bucal). Particularmente riesgosas son las relaciones sexuales anales, por ser ellas más traumáticas y la mucosa anal más delicada que la vaginal.

Resulta importante destacar que el riesgo de contraer la enfermedad se da en toda ocasión en que las secreciones genitales entran en contacto con las mucosas de la pareja sexual. No es necesario que exista eyaculación en el caso de los hombres para que se pueda transmitir la enfermedad. Esto es importante porque muchas veces se incurre en el error de creer que basta el uso del preservativo sólo al momento de eyacular para encontrarse protegido, cuestión que no es así, dado que como señalamos anteriormente el virus también se encuentra presente en los líquidos pre-eyaculatorios. Esto es válido tanto si se trata de una relación sexual por vía vaginal, anal u oral.

## **2.2. Transmisión parenteral o sanguínea.**

Esta se puede producir en todos aquellos casos en que la sangre infectada con el virus de VIH entra en contacto con la sangre o las mucosas de un individuo sano.

En este caso las formas de contraer la enfermedad son muy variadas, y van desde las transfusiones sanguíneas de sangre infectada, hasta el uso compartido de jeringas, el intercambio de máquinas de afeitarse, la inseminación artificial, etc.

## **2.3. Transmisión vertical**

Es la que se produce en los casos en que la madre le transmite el virus al hijo, sea mientras éste aún se encuentra en el vientre materno, durante el parto o incluso durante la lactancia. Constituye el principal mecanismo de adquisición del VIH para los niños

Es importante resaltar que el virus del VIH no se propaga por vía aérea ni por vía digestiva, ya que es muy poco resistente a las condiciones ambientales y tiene dificultades para sobrevivir fuera del organismo, destruyéndose fácilmente con el calor, el jabón y los detergentes habituales. Además, para que se produzca la transmisión es necesaria una cantidad suficiente de virus, que sólo se encuentra en la sangre, semen y secreciones vaginales de las personas infectadas y, en menor medida, en la leche materna. Es decir, el VIH no se

transmite por la saliva, las lágrimas, el sudor u otras secreciones del infectado. Tampoco se transmite por compartir cubiertos, el contacto con la piel, o el uso común de otros instrumentos como teléfonos, herramientas, asientos, etc. Tampoco puede transmitirse por el hecho de ingerir alimentos manipulados o preparados por una persona con VIH, sea que sea sólo portador o haya desarrollado el SIDA.

Así entonces, podemos afirmar que la proximidad de una persona con el VIH en general no supone ningún riesgo. En las relaciones laborales normales no hay ningún peligro de transmisión del VIH por lo que no existe ninguna razón para excluir a una persona con el VIH de su trabajo, siempre que mantenga una actitud responsable frente a los demás, para lo cual es suficiente tomar las medidas de higiene habituales.

### **3. LA PANDEMIA DEL SIDA**

Si bien oficialmente la era del SIDA empezó el 5 de junio de 1981, cuando el *Center for Disease Control* (Centro para el Control de Enfermedades) de Estados Unidos convocó una conferencia de prensa donde describió cinco casos de una extraña neumonía detectada en Los Ángeles denominada *Pneumocystis carinii*, se piensa que el VIH es bastante anterior a eso, remontándose la detección clínica de casos a los años '60 y '70, siendo los más antiguos aquellos presentados en el continente africano.

Dado que los primeros casos detectados se presentaron en personas homosexuales, desde un comienzo tendió a asociarse esta enfermedad con aquellos que practicaban esta opción sexual, creyéndose que era sólo propia de estos. Sin embargo, al poco tiempo pudo comprobarse que, más allá que en países como el nuestro aún la mayor incidencia de ella se ubique entre quienes practican relaciones homosexuales y bisexuales, en ningún caso el VIH/SIDA se haya circunscrito a este segmento de la población, sino que él puede afectar a cualquier persona que se coloque en algunas de las situaciones de riesgo que hacen posible su transmisión. Esto ha quedado patente por la explosiva expansión que ha tenido la enfermedad a nivel mundial, donde no ha distinguido entre razas, edades, sexo, edad o condición social de los afectados.

Según datos entregados por el último «*Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida*»<sup>3</sup>, elaborado por el PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA), se estima que para finales del 2005 había 38,6 millones de personas en el mundo viviendo con el VIH, de los cuales 4,1 millones lo habían contraído el último año, mientras que en el mismo período 2,8 millones de seres humanos habían perdido la vida producto de la enfermedad. Estos datos son sólo estimativos, por cuanto dada la extensión que presenta la enfermedad, la dificultad en recabar la información, y el hecho

---

<sup>3</sup> PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA), «*Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida 2006*», Anexo N° 1, mayo de 2006

de que muchos de los infectados con el virus conviven con él sin saberlo o sin que su caso llegue a conocimiento de las autoridades de salud, los números podrían ser aún mayores, pudiendo alcanzar incluso la cifra de 46 millones de personas en el mundo aquejados de esta enfermedad. De estos, la mayoría de los infectados son personas adultas, que se ubican en el rango etario de los 15 a 49 años, alcanzando el nivel de *prevalencia* —proporción de personas que vive con el VIH— al 1% de la población mundial<sup>4</sup>.

En cuanto a su distribución geográfica, el mayor problema se encuentra enfocado en el continente africano, y particularmente en el África subsahariana, que aglutina a un total de 24,5 millones de infectados, con un porcentaje de prevalencia en adultos de 6,1%. Mientras que en América Latina el número de enfermos asciende a 1,6 millones, y un porcentaje de prevalencia en adultos de 0,5%<sup>5</sup>, de los cuales 28 mil corresponden a nuestro país, lo que representa el 0,3% de nuestra población<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver Tabla N° 1.

<sup>5</sup> Ver Tabla N° 2

<sup>6</sup> PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA), «Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida 2006», Anexo N° 1, mayo de 2006, p. 369

Tabla 1: Epidemia mundial de VIH, 1990-2005<sup>7</sup>

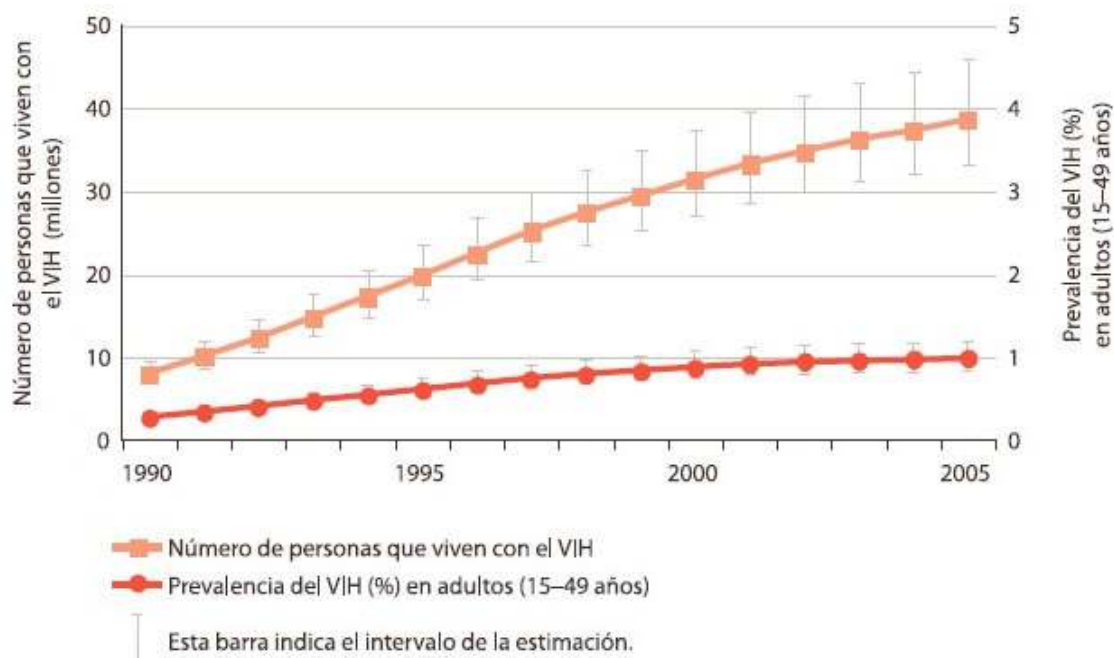


Tabla 2: Estadísticas y características regionales del VIH y el SIDA, 2003 y 2005<sup>8</sup>

País	Adultos y niños que viven con el VIH	Nuevas infecciones por el VIH en adultos y niños	Prevalencia en adultos (%)	Fallecimientos de adultos y niños por SIDA
<b>África subsahariana</b>				
<b>2005</b>	24,5 millones [21,6–27,4 millones]	2,7 millones [2,3–3,1 millones]	6,1 [5,4–6,8]	2,0 millones [1,7–2,3 millones]
<b>2003</b>	23,5 millones [20,8–26,3 millones]	2,6 millones [2,3–3,0 millones]	6,2 [5,5–7,0]	1,9 millones [1,7–2,3 millones]
<b>África del Norte y Oriente Medio</b>				
<b>2005</b>	440 000 [250 000–720 000]	64 000 [38 000–210 000]	0,2 [0,1–0,4]	37 000 [20 000–62 000]
<b>2003</b>	380 000	54 000	0,2	34 000

<sup>7</sup> Fuente: ONUSIDA, *Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida 2006*

<sup>8</sup> Fuente: ONUSIDA, *Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida 2006*

	[220 000–620 000]	[31 000–150 000]	[0,1–0,3]	[18 000–57 000]
<b>Asia</b>				
<b>2005</b>	8,3 millones [5,7–12,5 millones]	930 000 [620 000–2,4 millones]	0,4 [0,3–0,6]	600 000 [400 000–850 000]
<b>2003</b>	7,6 millones [5,2–11,3 millones]	860 000 [560 000–2,3 millones]	0,4 [0,2–0,6]	500 000 [340 000–710 000]
<b>Oceanía</b>				
<b>2005</b>	78 000 [48 000–170 000]	7200 [3500–55 000]	0,3 [0,2–0,8]	3400 [1900–5500]
<b>2003</b>	66 000 [41 000–140 000]	9000 [4300–69 000]	0,3 [0,2–0,7]	2300 [1300–3600]
<b>América Latina</b>				
<b>2005</b>	1,6 millones [1,2–2,4 millones]	140 000 [100 000–420 000]	0,5 [0,4–1,2]	59 000 [47 000–76 000]
<b>2003</b>	1,4 millones [1,1–2,0 millones]	130 000 [95 000–310 000]	0,5 [0,4–0,7]	51 000 [40 000–67 000]
<b>Caribe</b>				
<b>2005</b>	330 000 [240 000–420 000]	37 000 [26 000–54 000]	1,6 [1,1–2,2]	27 000 [19 000–36 000]
<b>2003</b>	310 000 [230 000–400 000]	34 000 [24 000–47 000]	1,5 [1,1–2,0]	28 000 [19 000–38 000]
<b>Europa oriental y Asia centra</b>				
<b>2005</b>	1,5 millones [1,0–2,3 millones]	220 000 [150 000–650 000]	0,8 [0,6–1,4]	53 000 [36 000–75 000]
<b>2003</b>	1,1 millones [790 000–1,7 millones]	160 000 [110 000–440 000]	0,6 [0,4–1,0]	28 000 [19 000–39 000]
<b>América del Norte y Europa occidental y central</b>				
<b>2005</b>	2,0 millones [1,4–2,9 millones]	65 000 [52 000–98 000]	0,5 [0,4–0,7]	30 000 [24 000–45 000]
<b>2003</b>	1,8 millones [1,3–2,7 millones]	65 000 [52 000–98 000]	0,5 [0,3–0,6]	30 000 [24 000–45 000]
<b>TOTAL</b>				
<b>2005</b>	38,6 millones [33,4–46,0 millones]	4,1 millones [3,4–6,2 millones]	1,0 [0,9–1,2]	2,8 millones [2,4–3,3 millones]
<b>2003</b>	36,2 millones [31,4–42,9 millones]	3,9 millones [3,3–5,8 millones]	1,0 [0,8–1,2]	2,6 millones [2,2–3,1 millones]

El crecimiento sostenido que ha tenido la expansión de la epidemia a nivel mundial, provocó que los miembros de la ONU llamaran a una reunión de urgencia con el objeto de examinar y hacer frente al problema del VIH/SIDA en todos sus aspectos, así como para lograr que todos los países se comprometieran a mejorar la coordinación e intensificar las actividades nacionales, regionales e internacionales para combatirlo de forma integral<sup>9</sup>. Dicho encuentro se llevó a cabo durante el 26º período extraordinario de sesiones de la asamblea General, celebrado entre el 25 y 27 de junio del año 2001. En él los participantes declararon ver «con profunda preocupación que la epidemia mundial de VIH/SIDA, por sus dimensiones y consecuencias devastadoras, constituye una emergencia mundial y uno de los desafíos más graves para la vida y la dignidad del ser humano, así como para el disfrute efectivo de los derechos humanos, que socava el desarrollo económico y social en todo el mundo y afecta a todos los niveles de la sociedad: individual, familiar, comunitario y nacional»<sup>10</sup>.

En efecto, como se reconoce en el documento, el SIDA es una enfermedad que en sus efectos no distingue credos, razas, sexo, edad, clase social o nivel educacional, puede atacar a todas las personas por igual, no importa el lugar geográfico en que se encuentre ni la posición que se ocupe

---

<sup>9</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Resolución 55/13, de 16 de noviembre de 2000.

<sup>10</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001.

dentro de la sociedad, de ahí la importancia de desarrollar un esfuerzo mancomunado que lleve a hacer frente a la epidemia, no sólo a nivel local, sino también regional y global. Es por ello que en la Declaración se ha hecho especial hincapié en promover un liderazgo firme en todos los planos de la sociedad, lo cual se considera esencial para desarrollar una acción eficaz frente a la epidemia. Dicho liderazgo ha de ser ejercido de manera principal por los gobiernos, pero debe simultáneamente complementarse con la participación plena y activa de la sociedad civil, los círculos empresariales y el sector privado. Según se señala en la Declaración, además de la función decisiva que desempeñan las comunidades, «es importante que haya una estrecha asociación entre los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales, las personas que viven con VIH/SIDA y los grupos vulnerables, las instituciones médicas, científicas y educativas, las organizaciones no gubernamentales, el sector empresarial, con inclusión de las empresas farmacéuticas de investigación y productoras de medicamentos genéricos, los sindicatos, los medios de difusión, los parlamentarios, las fundaciones, las organizaciones de la comunidad, las organizaciones religiosas y los dirigentes tradicionales».<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 32.

Aunque se reconoce que el SIDA afecta a todas las personas, sin distinciones, también es un hecho que esta enfermedad aflige de manera principal a los países en desarrollo, y dentro de estos los sectores más vulnerables lo constituyen las mujeres, los jóvenes y los niños. Es por esto que los países a través de la Declaración se han comprometido a aplicar programas que fijen objetivos y traten los factores que hacen que las personas sean vulnerables a la infección, entre ellos el subdesarrollo, la falta de seguridad económica, la pobreza, la falta de potenciación de la mujer, la falta de educación, la exclusión social, el analfabetismo, la discriminación, la falta de información, la falta de productos para prevenir el VIH y la explotación sexual de mujeres, niñas y niños.<sup>12</sup> Especial énfasis se pone en las labores de prevención, que debe constituir la base para hacer frente a la enfermedad<sup>13</sup>, actuando principalmente sobre los factores que propagan la epidemia, a objeto de reducir la prevalencia del VIH entre los jóvenes (15 a 24 años de edad) y entre los grupos con tasas de infección elevadas o que están expuestos a un mayor riesgo de infección<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 62

<sup>13</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 17

<sup>14</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 48.

Entre los programas enfocados a la prevención, destacan aquellas acciones orientadas a alcanzar mayores niveles de educación entre niños y jóvenes, así como la ampliación de la información y de la educación sobre la salud sexual y del apoyo psicológico; el fortalecimiento de los programas de salud sexual y reproductiva, y la incorporación de las familias y los jóvenes en los programas de atención y prevención del VIH/SIDA<sup>15</sup>, a objeto de reducir las conductas de riesgo y promover una conducta sexual responsable.

Por su parte, en el ámbito de la atención, apoyo y tratamiento, la Declaración de la ONU reconoce que el acceso a los medicamentos es un elemento fundamental para conseguir progresivamente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental, por lo que se hace necesario promover el que estos se encuentren a un precio asequible para el público, debiendo reducirse los costos a través de la acción coordinada entre los gobiernos, el sector privado y las empresas farmacéuticas. Asimismo, para que las estrategias de prevención, atención y tratamiento sean eficaces, se estima necesario que se produzcan cambios de conducta, debiendo haber un mayor acceso a las vacunas, preservativos, microbicidas, lubricantes, equipo esterilizado para inyecciones, medicamentos, incluida la

---

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 63

terapia antirretrovírica, y tecnologías de diagnóstico, además de aumentar las actividades de investigación y desarrollo.<sup>16</sup>

A fin de solventar los gastos que implica todo el programa diseñado en la Declaración, los países miembros de la ONU se fijaron como meta llegar al año 2005 con gasto que estuviera entre los 7 mil y los 10 mil millones de dólares, destinados a hacer frente a la epidemia mediante prevención, atención, tratamiento, apoyo y mitigación de los efectos del VIH/SIDA en los países de ingresos bajos y medianos y en los países en que el VIH/SIDA se estuviera propagando con rapidez o existiere el riesgo de que ello ocurra, y adoptar medidas para que se proporcionen los recursos necesarios, particularmente procedentes de países donantes pero también de los presupuestos nacionales, teniendo en cuenta que los recursos de los países más afectados son sumamente reducidos ya que la mayoría de ellos son países en desarrollo, mayoritariamente ubicados en el continente africano, región que además del SIDA, debe lidiar con un sinnúmero de otros flagelos, como el hambre y las constantes guerras. De acuerdo al informe de 2006 de ONUSIDA, este objetivo fue satisfecho, llegando el gasto destinado a hacer frente a la epidemia a 8.297 millones de dólares, no obstante la cifra parece bastante mezquina si pensamos que durante el 2005 sólo en armamento el mundo gastó 1 billón 118 mil

---

<sup>16</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 63

millones de dólares, equivalente al 2,5% del PIB mundial, siendo Estados Unidos quien tiene la mayor participación en esta cifra, con un 48% del gasto total en armas realizado el 2005, seguido de lejos por el Reino Unido, Francia, Japón y China, con entre un 4% y 5% cada uno<sup>17</sup>. No resulta difícil imaginar todo lo que se pudo hacer en prevención y tratamiento durante el mismo período si sólo una fracción de ese dinero se hubiera destinado a la lucha por salvar vidas en lugar de quitarlas.

#### **4. EL VIH/SIDA EN CHILE**

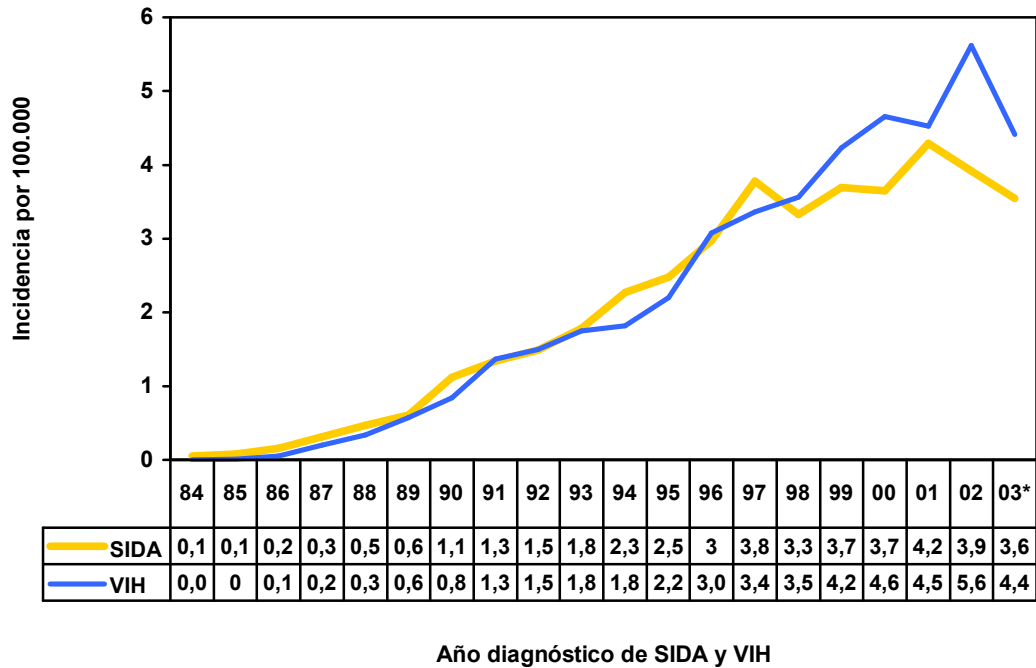
El primer caso de SIDA en nuestro país se notificó en 1984. De ahí en adelante se produjo un aumento progresivo de los enfermos registrados hasta el año 1998, en donde se produce un descenso de la curva hasta un 12% respecto de 1997. De ahí en adelante nuevamente la tendencia fue al alza, aunque con una mayor moderación que el período anterior, hasta el 2002, en donde nuevamente se observó una caída entrando en el 2003, siendo al 31 de diciembre de ese año 12.574 los casos acumulados, distribuidos en: 6.060 casos de personas que habían desarrollado la enfermedad, y 6.514 de personas infectadas con el VIH pero asintomáticas. De estas, a esa misma

---

<sup>17</sup> Fuente: STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (SIPRI), «Yearbook 2006, Armaments, Disarmament and International Security», disponible en el sitio web <http://www.sipri.org>

fecha habían fallecido producto del SIDA 3.860 personas, y 214 lo habrían hecho portando el VIH<sup>18</sup>.

**Tabla 3: Incidencia de SIDA e infección VIH por año de diagnóstico Chile, 1984-2003<sup>19</sup>**



Es importante destacar que las anteriores cifras son sólo estimativas, por cuanto ellas corresponden únicamente a los casos efectivamente notificados, y se piensa que además de estos existen también muchos otros de que no se tiene conocimiento debido a que ellos nunca llegan a los registros de las

<sup>18</sup> Comisión Nacional del SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

<sup>19</sup> Cifra preliminar debido a latencia en la notificación. Fuente: Comisión Nacional del SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003.

autoridades sanitarias. Es por eso que para aproximar un cálculo a lo que pudiere ser la realidad, se ha elaborado un método que distingue entre enfermos de SIDA e infectados por VIH asintomáticos. En el primer caso, la subnotificación se estima a través de la revisión de los certificados de defunción, que para el año 2003 fue de un 25%, que equivaldría a 2.020 casos no notificados entre 1984 y el 2003. Si a esto se le suman los 6.060 casos señalados anteriormente, tendremos entonces que la cifra acumulada «real» de enfermos por SIDA al 2003 era de 8.080 personas<sup>20</sup>.

En cuanto a los infectados por VIH la subnotificación se estima en base a un método de tricálculo, de acuerdo al cual cada caso notificado se multiplica por 3,76, que da como resultado una cifra de 30.381 personas viviendo con el virus del VIH al 31 de diciembre de 2003. Así entonces, sumando tanto los casos de enfermos con SIDA e infectados por VIH, notificados y subnotificados, tenemos entonces que la cifra estimativa que se piensa más «real» de personas aquejadas por SIDA/VIH, entre 1984 y el 2003, incluidos los fallecidos, era de 38.461. Respecto de estos últimos, también se aplica un cálculo por subnotificación del 25%, lo que implica entonces que el número estimativo de

---

<sup>20</sup> Comisión Nacional del SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

personas muertas en nuestro país producto de la enfermedad ascendía en 2003 a 5.147<sup>21</sup>.

Durante todo el período en que la enfermedad se ha afincado en nuestro país, e igual que ha ocurrido en el resto del mundo, ella no ha mantenido un comportamiento estable. Originalmente afectó mayoritariamente a la población masculina, y sólo de manera más escasa a la femenina. Si bien para el año 2003 las diferencias de número entre ambos sexos sigue siendo relevante, ella se ha ido reduciendo progresivamente. Así mientras en 1985 la proporción de enfermos con SIDA era de 85:1 (85 hombres por cada mujer infectada), en el 2003 esta era sólo de 7:1 (88,7% de hombres, contra un 11,3 de mujeres), siendo la brecha aún menor si se comparan los casos de infectados por VIH que no han desarrollado la enfermedad, en que la proporción es sólo de 4:1. Entre estos, el mayor número de casos se ubica en el rango de edad que va de los 20 a los 49 años, que aglutina un 84,4% de los casos, mientras que los menores de 20 años sólo tienen una proporción del 3,3%, y los mayores de 50 años un 12,3%. Esto se puede explicar porque en nuestro país aún la mayor causa de contagio sigue siendo las relaciones sexuales, que en el 2003 alcanzaban a un 94,1% del total, ocupando el mayor número entre ellas las producto de relaciones «*homobisexuales*» entre hombres, aunque aquellos

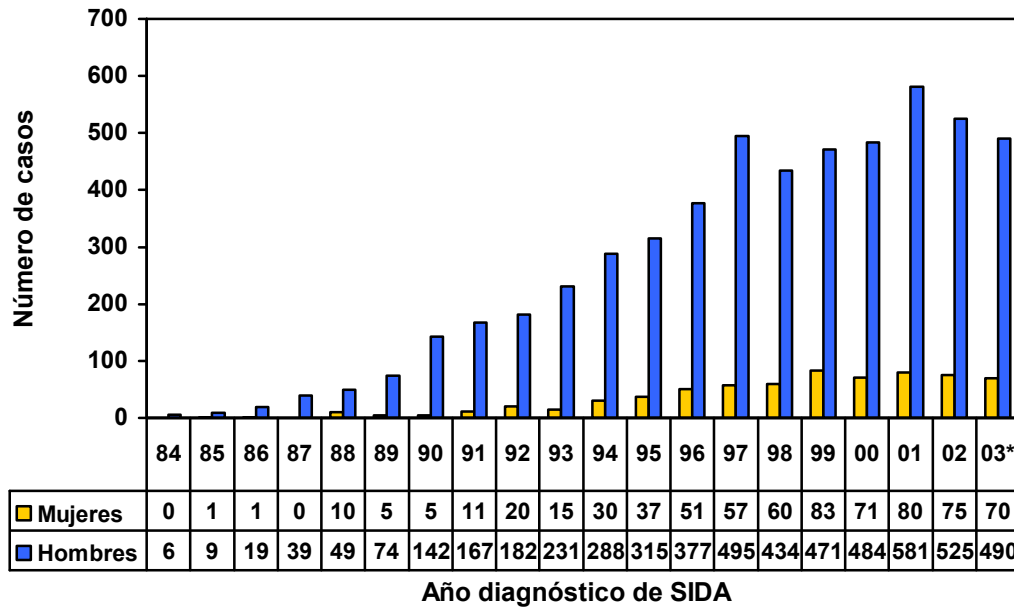
---

<sup>21</sup> Comisión Nacional del SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

contagios derivados de relaciones heterosexuales han tendido al aumento, tanto en hombres como en mujeres. La menor proporción de casos de contagio (1,6%), afortunadamente, aún se encuentra en la transmisión «vertical», esto es, aquel que se produce por el traspaso de la madre al hijo en el embarazo. La transmisión sanguínea en tanto, abarca un 4,3% de los casos, ocupando la mayor incidencia en ella la infección asociada al uso de drogas inyectables.

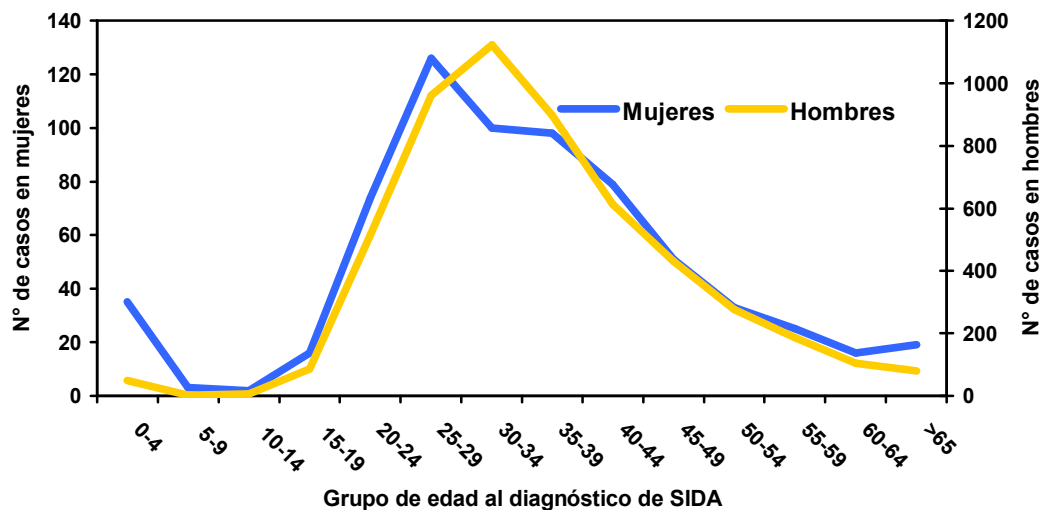
Respecto a la distribución geográfica, la mayor proporción de enfermos en relación con el volumen de población se encuentra en la Región Metropolitana, que al año 2003 albergaba a 70,5 casos cada 100.000 habitantes. Le siguen la I Región de Tarapacá con 57, la V Región de Valparaíso con 56,6 y la II Región de Antofagasta con 38,7. A nivel país, la tasa de casos por cada 100.000 habitantes era de 43,7, ello sin considerar las situaciones no notificadas.

Tabla 4: Casos de SIDA por año de diagnóstico y sexo, Chile 1984-2003<sup>22</sup>

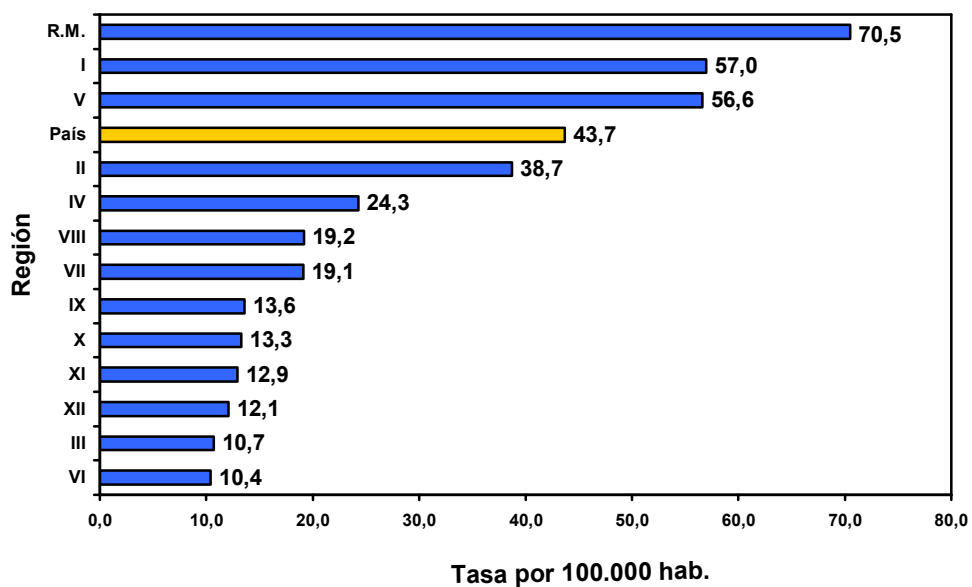


<sup>22</sup> Fuente: Comisión Nacional del SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

**Tabla 5: Casos acumulados de SIDA por grupos de edad y sexo, Chile 1984-2003<sup>23</sup>**



**Tabla 6: Incidencia acumulada de SIDA por región de ocurrencia, Chile 1984-2003<sup>24</sup>**



<sup>23</sup> CONASIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

<sup>24</sup> CONASIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

## 5. EL VIH/SIDA EN EL MUNDO LABORAL

Como ya señalamos anteriormente, una gran proporción de los casos de enfermos de SIDA se encuentra en el rango etario que va entre los 20 y los 49 años, que coinciden a su vez con el de mayor productividad económica de las personas. Y no sólo eso, además, según datos recabados en 2 encuestas realizadas por CONASIDA, en la mayoría de los casos los enfermos de SIDA son además jefes de hogar, lo que tratándose de mujeres importa incluso una proporción mayor que aquella que se presenta en general a nivel nacional respecto de este género. Así, mientras en el 2003 un 21,9% de las mujeres según la encuesta CASEN eran jefas de hogar, tratándose de mujeres infectadas con SIDA dicha cifra se elevaba a un 49%, cifra que representa un aumento respecto a lo registrado el 2001, en que la proporción era de un 44,6%. La situación es distinta tratándose de los varones, aquí en el 2003 un 70% de los hombres eran jefes de hogar, mientras que en el ámbito de los enfermos con SIDA sólo lo eran un 46,5%, cifra que representaba sólo una pequeña alza respecto del 2001, en que un 45,8% de los hombres infectados con SIDA eran jefes de hogar.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> INFANTE, Antonio, «Contexto Epidemiológico del VIH/SIDA en el Ambiente Laboral en Chile y el Mundo», en VIDAL, Francisco; DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], «VIH/SIDA y Mundo Laboral. Apuntes para el Debate», Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo, p. 31

Ante estos datos, la relación entre SIDA y mundo laboral se torna especialmente relevante, dado que un porcentaje muy alto de los infectados constituye el principal sustento dentro de su grupo familiar, cuando no el único. Hoy en día se reconoce que la inclusión del SIDA dentro del AUGE, y la posibilidad de un acceso más universal a un adecuado tratamiento retroviral amplían las opciones para que quienes viven con la enfermedad puedan desarrollar una vida meridianamente normal desempeñando alguna labor de forma habitual. De hecho, si bien para el 2003 se produjo un aumento de personas inactivas, de 12,9% a un 17,2%, por otro lado también se produjo un descenso en el número de los desocupados, es decir, personas que pudiendo y queriendo ejercer una ocupación, no encuentran lugar o medio como realizarla, bajando de 41,9% en el 2001 a un 33,2% en el 2003. Ahora bien, aunque se aprecia un aumento en la incorporación de los enfermos con SIDA al mundo laboral, cabe destacar que en la mayoría de los casos lo hacen realizando sus funciones de manera precaria, por cuanto un alto porcentaje (43,3% el 2003) lo hace sin contar con un contrato de trabajo, y por tanto carecen de todos los beneficios y derechos que ello conlleva.<sup>26</sup> Los estudios también indican que muchos trabajadores afectados con el VIH, ante las malas experiencias de rechazo vividas, optan en definitiva por desempeñar trabajos independientes,

---

<sup>26</sup> INFANTE, Antonio, «Contexto Epidemiológico del VIH/SIDA en el Ambiente Laboral en Chile y el Mundo», cit., p. 33.

informales, que no les signifique pasar por los trámites de un contrato laboral formal, lo que aumenta su inestabilidad.<sup>27</sup> De hecho, una encuesta realizada el 2004 por la organización «VIVO POSITIVO», indicó que un 20,1% de los entrevistados realizaban labores de forma independiente, y un 70% de ellos no contaban con un trabajo permanente, sino que sólo desempeñaban labores de manera esporádica, y esto pese a que un alto porcentaje contaba con algún tipo de capacitación laboral.<sup>28</sup> Cabe destacar que el hecho de realizar trabajos independientes e informales, en la mayoría de las ocasiones también trae aparejado que el enfermo de SIDA no cotice en los sistemas previsionales ni de salud, lo que les obliga a recurrir a la atención médica privada —con los altos costos que ello implica— o a atenderse en el sistema de salud público haciendo uso de tarjetas de gratuidad entregadas por FONASA. Además, dada la falta de cotización en los sistemas previsionales, en el futuro el enfermo de SIDA tampoco tendrá derecho a recibir en la vejez (aquellos que logren llegar a ella) una pensión digna, y tendrán que conformarse con las pensiones asistenciales otorgadas por el gobierno, lo que los transforma en una doble carga para el sistema público.

---

<sup>27</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, «Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005», FLACSO-Chile, Universidad ARCIS, VIVO POSITIVO, Santiago, Chile, 2005, p. 114.

<sup>28</sup> COORDINADORA NACIONAL DE PERSONAS VIVIENDO CON EL VIH/SIDA, VIVO POSITIVO, «Diagnóstico de Condiciones Socioeconómicas, Educativas y Necesidades e Intereses de Capacitación Laboral de PVVIH», Santiago, 30 de abril de 2004, p. 39 y ss.

Pero la situación de aquellas personas infectadas por el VIH que desempeñan un trabajo dependiente tampoco es mucho mejor. La enfermedad progresivamente ha ido desplazándose hacia los sectores más desprotegidos económicamente de la sociedad. Si bien entre aquellos enfermos por SIDA es posible encontrar personas desempeñándose en los más diversos escaños del escalafón laboral, la mayoría de ellos lo hace en las áreas en donde los ingresos son más bajos. Así por ejemplo, según datos de CONASIDA, el 2003 la mayoría de los hombres afectados por el VIH se ocupaba como operario, mientras que en el segmento femenino, si bien el mayor porcentaje de enfermas se desempeña como *dueñas de casa*, de aquellas que trabajan también la mayoría lo hacen como operarias. Estos datos coinciden con aquellos arrojados por la encuesta de VIVO POSITIVO de 2004, en donde un 40% de los encuestados declaró percibir ingresos inferiores a los \$100.000 mensuales, mientras que para un 14,9% ellos eran incluso menores que \$50.000. Sólo un 18,6% de quienes contestaron la encuesta ganaba un sueldo sobre los \$201.000 mensuales.<sup>29</sup> Un dato preocupante es que al menos un 16% de los

---

<sup>29</sup> COORDINADORA NACIONAL DE PERSONAS VIVIENDO CON EL VIH/SIDA, VIVO POSITIVO, «Diagnóstico de Condiciones Socioeconómicas, Educativas y Necesidades e Intereses de Capacitación Laboral de PVVIH», Santiago, 30 de abril de 2004, p. 37.

encuestados no recibía ningún tipo de ingreso, lo que evidencia la precaria situación de los enfermos de SIDA<sup>30</sup>.

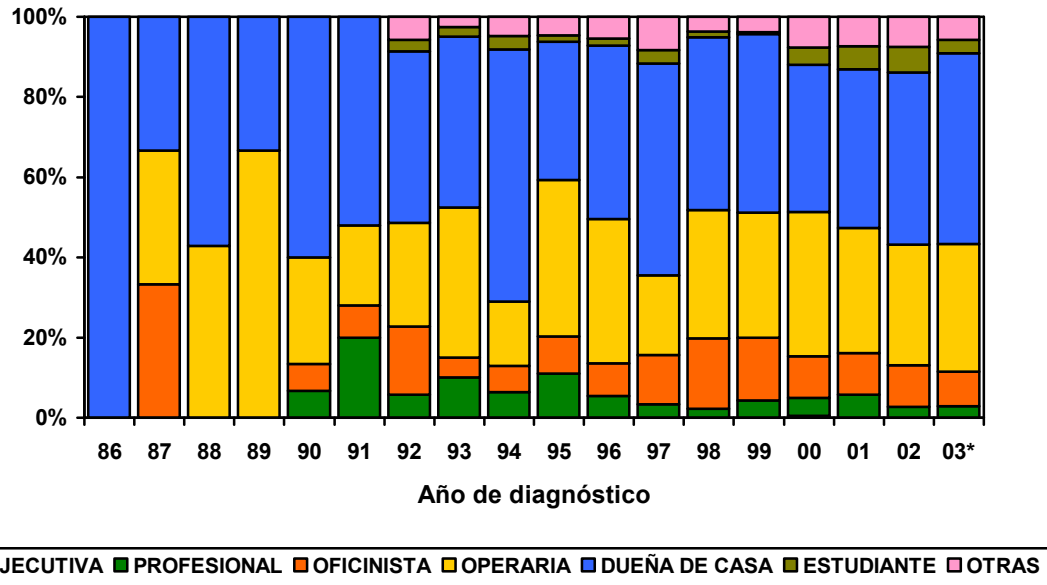
Otro dato relevante que se desprende del estudio realizado por VIVO POSITIVO, es la alta relación que existe entre nivel de escolaridad y cesantía, disminuyendo esta última a medida que se aumenta en la primera. Así por ejemplo, de los encuestados que se encontraban sin trabajo, la gran mayoría de ellos, un 69,8% tenía sólo enseñanza media o menos, mientras que sólo un 15,5% de quienes tenían enseñanza superior completa, técnica o universitaria, se encontraban cesantes.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> CARRASCO, Marina, «*Situación Socioeconómica y Laboral de las Personas Viviendo con VIH/SIDA*», en VIDAL, Francisco; DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], «*VIH/SIDA y Mundo Laboral. Apuntes para el Debate*», Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo, Santiago, Chile, 2005, p. 70.

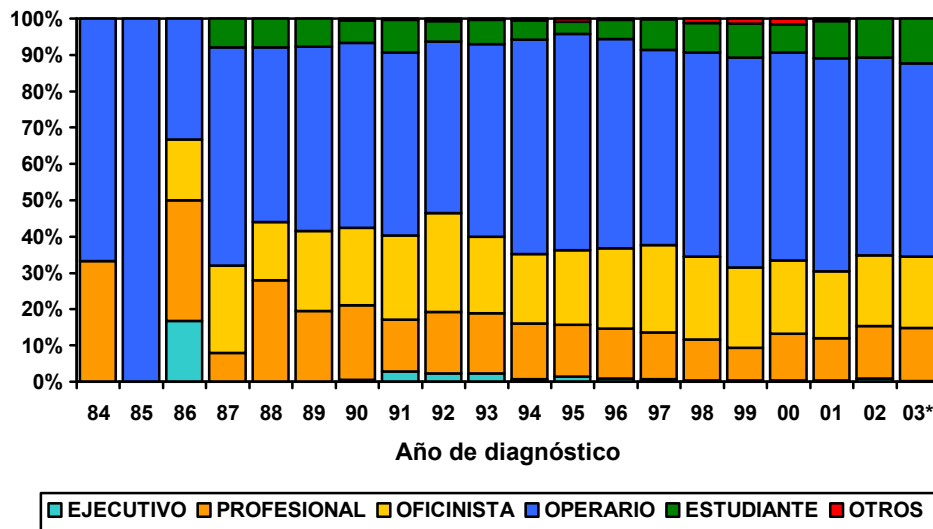
<sup>31</sup> CARRASCO, Marina, «*Situación Socioeconómica y Laboral de las Personas Viviendo con VIH/SIDA*» cit., p. 69.

Tabla 7: Casos VIH/SIDA por ocupación. Mujeres 15 a 49 años. Chile 1986-2003<sup>32</sup>

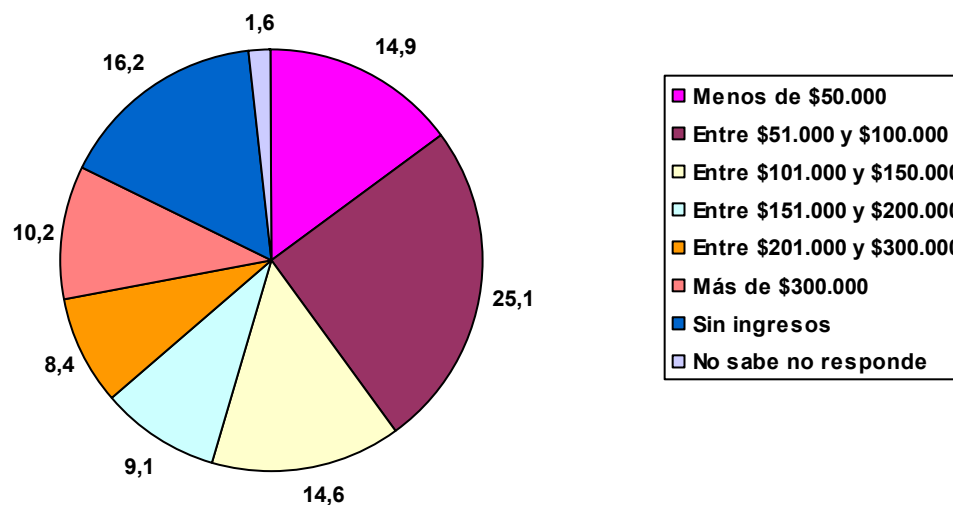


<sup>32</sup> CONASIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

**Tabla 8: Casos VIH/SIDA por ocupación. Hombres 15 a 49 años. Chile 1986-2003<sup>33</sup>**



**Tabla 9: Ingreso mensual (%) personas con VIH, abril de 1004<sup>34</sup>.**



<sup>33</sup> CONASIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003

<sup>34</sup> VIVO POSITIVO, «Diagnóstico de Condiciones Socioeconómicas, Educativas y Necesidades e Intereses de Capacitación Laboral de PVIH»

## 6. SIDA, MUNDO LABORAL Y DISCRIMINACIÓN

No cabe duda de que uno de los problemas sociales más graves que trae aparejado el contagio con el VIH/SIDA es el de la discriminación. Quienes contraen la enfermedad, a más de soportar los inconvenientes físicos que ella implica, también deben lidiar con una sociedad que los excluye, los mira con desconfianza e incluso con temor.

Desde sus orígenes el SIDA ha estado fuertemente ligado al tema de la discriminación. Al presentarse los primeros casos en personas homosexuales, la enfermedad se la asoció inmediatamente con este segmento social, llegando a denominársele durante mucho tiempo «*peste rosa*», y quienes la padecían eran inmediatamente tachados como homosexuales, prejuicio que en buena medida se mantiene hasta nuestros días. Si a esto le sumamos los altos niveles de homofobia que existen en sociedades como la nuestra, en que a esta opción sexual se la asocia con promiscuidad, desviación e inmoralidad —e incluso con pedofilia—, entonces poco puede extrañar que quien padece de SIDA trate de mantener su condición oculta durante el mayor tiempo posible, por cuanto se sabe que al momento de hacerse pública, existen altos niveles de probabilidades de que junto con ello sobrevengan la exclusión y la condena a

un verdadero ostracismo social<sup>35</sup>. Aunque muchas veces los discursos *políticamente correctos* hablan de aceptación e integración, esto rara vez se da en la práctica, y no son extraños los casos en que personas aquejadas de este mal han visto desaparecer gran parte de su mundo alrededor, por cuanto no son pocos aquellos que prefieren evitar hasta el mínimo contacto posible con el infectado con VIH, por temor a contraer la enfermedad. Esto se ve refrendado por el hecho de que, no obstante que como antes apuntábamos, se han producido avances, de todas formas los niveles de cesantía entre los infectados por el VIH aún son muy altos (se hablaba de un 55% el 2003)<sup>36</sup> a lo que a su vez debemos sumar el gran número de personas que se desempeñan en empleos independientes o informales, por temor a ser objeto de discriminación en un trabajo formal.

En la mayoría de las ocasiones la actitud discriminadora no nace sino del prejuicio y la ignorancia. Así por ejemplo, hay quienes, desatendiendo todos los estudios clínicos al respecto, están convencidos que basta la mera cercanía de alguien infectado para poder adquirir la enfermedad. Esta actitud quedó manifiesta en un estudio realizado por VIVO POSITIVO en 15 empresas del

---

<sup>35</sup> VIDAL, Francisco; ZORRILLA, Sergio; DONOSO, Carla, y otros, «*Situaciones de Discriminación que Afectan a las Personas Viviendo con VIH/SIDA en Chile*», VIVO POSITIVO – Universidad de Santiago, Santiago, Chile, 2002, pp. 34-35.

<sup>36</sup> VIDAL, Francisco, «*Los Mitos acerca del VIH/SIDA en el Mundo Laboral*», en VIDAL, Francisco; DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], «*VIH/SIDA y Mundo Laboral. Apuntes para el Debate*», Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo, Santiago, Chile, 2005, p. 43.

área de servicios de la Región Metropolitana en el 2003, y cuyos resultados se dieron a conocer en enero de 2004<sup>37</sup>. Ante una pregunta enfocada a averiguar cuales eran, según la idea de los entrevistados, los medios a través de los cuales se puede contagiar el SIDA, sólo un 35% de ellos escogió la alternativa correcta, constituida por el semen, fluidos vaginales y el intercambio de jeringas, mientras que el resto, si bien mayoritariamente consideraron a dichas vías como riesgosas, incluyeron además alguna otra que no tiene relación alguna, como la saliva y las lágrimas, la manipulación de alimentos, el contacto de la piel con sangre contaminada, etc. Incluso un no despreciable 12% de ellos incorporó entre sus alternativas el sudor. Respecto de las conductas de riesgo, un 53% de los entrevistados declaró creer que la ingesta de alimentos manipulados por una persona con SIDA era un factor de riesgo para contraer la enfermedad, lo que evidencia un alto grado de ignorancia, por cuanto no hay ninguna evidencia que avale que el SIDA se puede adquirir por esa vía.

Por otra parte, también un importante número de personas declaró creer que la práctica de exámenes al interior de la empresa era una buena forma de impedir la propagación del virus, mientras que un 16% dijo que era un método adecuado para proteger al resto de los trabajadores. Sólo un 18% respondió

---

<sup>37</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina; FIEDLER, Sergio, y otros, «Informe Investigación "VIH/SIDA y Mundo Laboral". Un Análisis Estadístico, Descriptivo e Inferencial en 15 Empresas de Servicios de la Región Metropolitana», VIVO POSITIVO, Santiago, Chile, 2004.

que era una forma de discriminación en contra de los portadores de VIH, y un 15% que dicho examen es algo inaceptable.

Cabe destacar que al cruzar los datos arrojados por la encuesta con el nivel educacional de los entrevistados, dejó en evidencia que los mayores índices de desconocimiento sobre las formas de transmisión de la enfermedad y la creencia de que trabajar junto a una persona portadora de VIH constituye un peligro, iban en aumento a medida que se descendía en el nivel de educación del encuestado, así por ejemplo, un 67% de quienes manifestaron tener un nivel educacional bajo, contestaron que la ingesta de alimentos podía ser una vía a través de la cual adquirir el SIDA.

Pensamos que es evidente que ante estos niveles de desconocimiento sobre la enfermedad y sus formas de adquirirla resulte muy complejo para alguien infectado con el VIH desarrollar una actividad laboral normal luego de que al interior de la unidad productiva se tomara conocimiento de su estado. Es por eso que se hace tan importante mantener la confidencialidad en estos casos. Pero contra ello conspira el hecho de que, si bien los exámenes de VIH se encuentran prohibidos por ley tanto como requisito para acceder a un trabajo como para ascender dentro de él, en la práctica se ha evidenciado que éstos igual se siguen realizando, a veces de manera velada a través de las baterías de exámenes de sangre que se le piden a los trabajadores al interior de ciertas empresas, en donde no se descarta que, pese a la prohibición, se aproveche la

oportunidad para efectuar el test de ELISA.<sup>38</sup> Incluso, luego del 2001, aún se han registrado casos en que personas han sido despedidas arbitrariamente de sus trabajos por motivaciones relacionadas con el VIH, lo que en nuestra legislación se encuentra expresamente prohibido.<sup>39</sup>

Ante lo anterior, se hace patente que a fin de defender el derecho de los trabajadores infectados con el VIH a desarrollarse plenamente en el mundo laboral, en la medida que sus condiciones médicas lo permitan, tal y como lo ha declarado la OIT<sup>40</sup>, es vital emprender acciones que vayan encaminadas hacia dos ejes fundamentales: por una parte, promover la educación respecto a la enfermedad, particularmente en cuanto a sus medios de contagio, a fin de que las personas pierdan el miedo a desempeñarse junto a otras que padecen del SIDA. Y por otra, perfeccionar la legislación y hacer cumplir la ley, a fin de sancionar todas las formas de discriminación que pudieren afectar a los portadores del virus.

---

<sup>38</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, «*Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005*», cit., pp. 107 y ss.

<sup>39</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, «*Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005*», cit., pp. 111-112

<sup>40</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, «*VIH/SIDA: Una Amenaza para el Trabajo Decente, la Productividad y el Desarrollo*», Ginebra, 8 de Julio de 2000.

## **7. VIH/SIDA Y DERECHOS HUMANOS**

Como ha declarado Naciones Unidas, resulta indispensable para reducir la vulnerabilidad al VIH/SIDA la profunda realización de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las personas. De ahí que recomendara «promulgar, fortalecer o hacer cumplir, según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con VIH/SIDA y los miembros de grupos vulnerables, y asegurarles el pleno disfrute de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales; en particular, darles acceso a, entre otras cosas, educación, derecho de sucesión, empleo, atención de la salud, servicios sociales y de salud, prevención, apoyo, tratamiento, información y protección jurídica, respetando al mismo tiempo su intimidad y la confidencialidad; y elaborar estrategias para combatir el estigma y la exclusión social asociados a la epidemia»<sup>41</sup>

En un sentido similar se ha pronunciado la Organización Internacional del Trabajo, para quien la falta de respeto de los Derechos Humanos es una forma de fomentar la pandemia. Especial referencia se hace a la discriminación, en cuanto ella aumenta los nocivos efectos de la enfermedad sobre las personas que se han infectado con el VIH/SIDA, y también sobre quienes presuntamente

---

<sup>41</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001, párrafo 58.

la han contraído y sobre sus familiares. A juicio de la OIT, la discriminación en el mundo del trabajo, «es una de las violaciones más importantes de los derechos humanos en el ámbito del VIH/SIDA. Los derechos de las personas que viven con el VIH/SIDA, como el derecho a la no discriminación, y a la igualdad de protección ante la ley, intimidad, libertad de movimiento, trabajo, igualdad de acceso a la educación, vivienda, atención sanitaria, seguridad social, asistencia y bienestar, etc., a menudo se violan exclusivamente en base a su condición seropositiva (presunta o conocida) en relación con el VIH/SIDA. Además, las personas que son objeto de discriminación y de violaciones de sus derechos son más vulnerables a infectarse y menos capaces de hacer frente a la carga del VIH/SIDA. Las personas expuestas al VIH no desean someterse a pruebas, ni recibir orientación psicológica, tratamiento o apoyo, si ello supone enfrentarse a la discriminación, la falta de confidencialidad, la pérdida de empleo u otras consecuencias negativas. Los años dedicados a luchar contra la epidemia del VIH/SIDA han confirmado que la promoción y protección de los derechos humanos son factores esenciales para prevenir la transmisión del VIH y combatir los efectos del VIH/SIDA.»<sup>42</sup>

Así entonces, tenemos que al menos desde la perspectiva de los organismos internacionales, la lucha contra el VIH/SIDA debe ser abordada

---

<sup>42</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, «*VIH/SIDA: Una Amenaza para el Trabajo Decente, la Productividad y el Desarrollo*», Ginebra, 8 de Julio de 2000, p. 11.

dentro de un contexto mayor de defensa de los Derechos Humanos. Esta afirmación no es baladí, por cuanto del estudio de casos con VIH, se ha demostrado que la incidencia y propagación de la enfermedad generalmente tiene un mayor impacto en aquellos grupos que además son objeto de discriminación por otros factores, como las minorías, las poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, las personas que viven en la pobreza, etc. Estos, habitualmente cuentan con menos acceso a la educación, la prevención, la atención sanitaria, y otros elementos que les son negados por su condición de marginados, ya sea política, económica, sexual o culturalmente, por lo que la enfermedad viene a constituirse en otra forma más de agravar una situación que ya les es desfavorable, constituyéndose ésta en una nueva causa de discriminación. De ahí la relevancia de abordar el combate sobre la enfermedad dentro de una perspectiva más amplia, que permita no sólo atacar sus efectos directos, particularmente los de naturaleza clínica, sino también en su contexto más social, arremetiendo contra las causas que facilitan su propagación, y atenuando los efectos colaterales que vienen con ella, que van mucho más allá que las simples manifestaciones físicas del SIDA, y en donde la lucha contra la discriminación y la marginación se convierte en uno de los puntos centrales a abordar. Además, esta forma de entender la enfermedad, trae como consecuencia que a su respecto también se haga aplicable toda la normativa internacional destinada a proteger los Derechos Humanos, particularmente en lo relativo a evitar y sancionar todas las formas de discriminación. Así, aún

cuando los países no sean capaces de crear leyes destinadas a proteger a los enfermos por VIH/SIDA, o en el caso de que ellas resulten insuficientes, siempre quedará la posibilidad a quien padece la enfermedad de recurrir a las instancias internacionales adecuadas para exigir que se le respeten aquellos derechos que en el ámbito interno se le han negado.

## **8. VIH/SIDA Y PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN CHILE**

De acuerdo a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia, el término «discriminar» –del latín *discriminare*– posee dos significados:

- 1) Seleccionar excluyendo
- 2) Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

En virtud de la primera de las acepciones, es posible afirmar que la discriminación es un acto normal y habitual del ser humano, por cuanto nuestra vida se funda en la elección o preferencia de algunas cosas por sobre otras. Así, por ejemplo, nadie puede acusar a otro por conductas «discriminatorias» debido al hecho de que prefiera usar un color en su vestimenta por sobre otro, tampoco puede censurarse el que alguien prefiera la poesía a las novelas o porque prefiera estudiar música en lugar de Derecho. En todos estos casos, la acción de discriminar, tomado como preferir algo respecto a otra cosa, forma

parte de la libertad de los individuos, la cual posee consagración y protección jurídica, principalmente en los países que siguen un sistema de orientación liberal democrático.

Para el Derecho, el problema nace con las situaciones planteadas en la segunda de las acepciones dadas para definir el término «discriminar», en cuanto ello ya no es una manifestación de la libertad legítima de los sujetos, sino que implica el menosprecio respecto de determinadas conductas o grupos, únicamente por el hecho de ser distintos, lo cual conlleva habitualmente un menoscabo en aquellos individuos que pertenecen a estos grupos, que simbolizan una creencia u opción de vida diferentes.

En este último caso, la discriminación presenta la característica de ser una especie de corolario negativo del principio de igualdad<sup>43</sup>, en que se excluye por motivos arbitrarios a otro u otros, causándoles con ello un perjuicio, que puede ser de la más diversa índole: físico, psicológico, social, cultural, económico, etc. Son estas las discriminaciones que fundamentalmente importan al Derecho, el cual, si bien reconoce que entre las personas pueden existir diferencias de diversa índole —que serán más o menos relevantes desde el punto de vista jurídico dependiendo de la situación en que se presenten—, no

---

<sup>43</sup> Cfr. PALACIOS ZULOAGA, Patricia, «*La Evolución del Concepto de Discriminación en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas Referente al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre 1977 y 2002*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2003. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga, p. 12

puede tolerar que se hagan diferencias injustas entre los individuos, es decir, diferencias que no tengan un antecedente objetivo y razonable<sup>44</sup>.

Ahora bien, dados los traumáticos hechos que el pasado siglo xx hubo de presenciar, particularmente con ocasión de la II Guerra Mundial, la Comunidad Internacional se abocó a desarrollar todo un entramado de instrumentos que tienen por principal objetivo salvaguardar y promover el total respeto a los Derechos Humanos, dentro de los cuales un lugar especial lo ocupan aquellas normas destinadas a sancionar todas las formas de discriminación en contra de las personas. Chile ha suscrito la mayoría de estos acuerdos, manifestando explícitamente su compromiso irrestricto en la promoción y defensa de estos Derechos fundamentales de los sujetos, cuestión que adquirió especial relevancia luego del largo período en que nuestro país vio como se vulneraban sistemáticamente dichas garantías. Particular importancia ha tenido en nuestro entorno la reforma introducida en 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, el cual establece que: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar

---

<sup>44</sup> Cfr. CUVI RODRÍGUEZ, Manuela Soledad, «*El Derecho a la No Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos*», Memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2002. Profesor guía: Cecilia Medina Quiroga, p. 18.

y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Aún cuando el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado con una opinión contraria<sup>45</sup>, una mayoría notoria de la doctrina —entre los que figuran destacados constitucionalistas— se manifiestan partidarios de entender que el sentido y alcance de la reforma a la Carta Fundamental de 1989, en materia de tratados de Derechos Humanos, eleva a éstos, una vez cumplidos los trámites necesarios para su recepción, al menos al rango de las normas constitucionales, existiendo incluso quienes afirman que tendrían un nivel superior a ella. Así por ejemplo, el profesor Francisco CUMPLIDO, quien participó directamente en la elaboración del proyecto de reforma de la Constitución en 1989, ha sostenido que tanto en la Constitución de 1925 como en la de 1980 se reconoce la preexistencia de Derechos Humanos anteriores al Estado, y que la Carta Fundamental sólo se encarga de asegurarlos. En la Constitución de 1980 se habría perfeccionado incluso el sistema de protección, al poner por sobre la soberanía el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana, los cuales no comprenden sólo aquellos contenidos en la propia Constitución, sino

---

<sup>45</sup> Ver. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional», Santiago, 8 de abril de 2002.

que van más allá, incluyendo todos aquellos que formen el acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana.<sup>46</sup>

Pese a que CUMPLIDO asegura que estos derechos ya se encontraban garantidos en la Constitución, aún sin necesidad de reforma alguna, asevera que se resolvió incorporar expresamente a aquellos que se encontraran contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile debido a la escasa aplicación que de esos derechos se hacía por parte de los tribunales, y a que en muchas ocasiones también se exigía que la legislación recepcionara lo contenido en los tratados para que ellos pudieran tener efecto en Chile.<sup>47</sup>

Por su parte, Humberto NOGUEIRA, coincidiendo con las opinión dada por CUMPLIDO, considera que el objetivo de la reforma constitucional fue otorgar seguridad jurídica en torno a que los derechos esenciales garantizados por la Constitución no eran sólo aquellos contenidos en el artículo 19 de ésta, sino que también debían entenderse como tales los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que estuvieran vigentes, reforzando por este medio los contenidos y garantías de los derechos, toda vez que la premura con que fue hecha la reforma a la Carta

---

<sup>46</sup> Cfr. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2º del Artículo 5º de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 369.

<sup>47</sup> Cfr. CUMPLIDO, Ob. Cit. p. 369.

Fundamental impidió establecer un reforzamiento normativo de cada uno de los derechos.<sup>48</sup>

A juicio de NOGUEIRA, «La Carta Fundamental de 1980, a través de la segunda oración del inciso segundo del artículo 5º, en esta materia, eleva los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes a la categoría de constitución material, al señalar que son “límites a la soberanía”, vale decir, a la potestad del Estado, ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno».<sup>49</sup>

### **8.1. El marco de protección internacional**

De acuerdo a lo anterior, todas las normas destinadas a proteger a los individuos de la discriminación arbitraria —incluidos los enfermos de VIH/SIDA— y contenidas en los instrumentos sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, poseen entonces en nuestra legislación al menos rango constitucional, pudiendo ser invocados directamente por aquellos que sientan que se le están vulnerando las garantías consagradas en ellos. En este

---

<sup>48</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 417.

<sup>49</sup> NOGUEIRA, *Ob., Cit.*, p. 418.

contexto, a nuestro entender especial relevancia adquieren a objeto de nuestro estudio los siguientes instrumentos internacionales:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos
2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos; y
5. El Convenio 111 de la OIT

### **8.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Adoptada y proclamada por resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es sin duda el instrumento más importante del sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que inspira a todo el resto de acuerdos adoptados en el marco de dicho organismo y referidos a la protección de los Derechos Humanos. En ella claramente se establece, por su artículo 2º, que los Derechos contenidos en su texto se encuentran garantizados para todas las personas, sin que pueda mediar distinción alguna entre ellas.

Señala la mentada disposición: «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».<sup>50</sup>

Más adelante la Declaración agrega: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.»<sup>51</sup>

### **8.1.2. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, y entrado en vigor el 3 de enero de 1976, este instrumento establece expresamente en su artículo 2º que quienes lo suscriban se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian todas las personas, 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.

Chile ratificó este Pacto el 10 de febrero de 1972.

---

<sup>50</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*», de 10 de diciembre de 1948, artículo 2.

<sup>51</sup> *Ibíd*, artículo 7.

### **8.1.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**

Adoptado por la Asamblea General mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforman los tres vértices sobre los cuales se erige el edificio de la protección universal a los Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. Nuestro país lo ratificó el 10 de febrero de 1972.

Como señalan PALACIOS<sup>52</sup> y CUVI<sup>53</sup>, la columna vertebral de los derechos consagrados mediante este Pacto se encuentra asentada en el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación, los cuales, a decir de CUVI, «se extienden como una marea roja»<sup>54</sup> a lo largo de todo él.

En efecto, salvo escasas excepciones, el Pacto garantiza los derechos contenidos en él a todos los individuos, sin hacer distinción alguna entre ellos. Así en el artículo 2º se establece que cada uno de los Estados Partes «se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

---

<sup>52</sup> PALACIOS, p. 105

<sup>53</sup> CUVI, p. 42.

<sup>54</sup> CUVI, p. 42.

presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»<sup>55</sup>

Más adelante el artículo 26 agrega: «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.»<sup>56</sup>

Ahora bien, se ha discutido mucho en cuanto a si lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto es una mera reiteración de lo señalado por el artículo 2º, o si su ámbito de aplicación sería distinto de aquel.

Sobre el particular, en primer lugar debemos señalar que el actual artículo 26 no formaba parte del Proyecto que sirvió de base a la discusión sobre el Pacto, y que él fue incluido a instancia de las delegaciones provenientes de Asia y de otros países del Tercer Mundo, y en principio no contó con el apoyo del mundo occidental, por considerarse que lo dispuesto

---

<sup>55</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*», de 16 de diciembre de 1966, artículo 2.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, artículo 26.

por el artículo 2 bastaba como consagración del principio de igualdad. No obstante, en definitiva primó la tesis oriental y el artículo 26 fue incluido en la redacción final de este instrumento.<sup>57</sup>

Al respecto señala PALACIOS: «Esta disposición (el artículo 26) contempla tanto la igualdad ante la ley como la igual protección de la ley o igualdad en la ley. Recordemos que éste se refiere a la obligación del legislador de abstenerse de dictar normas generales que discriminan y de asegurarse de dictar normas legales que protegen contra la discriminación, mientras que aquella se refiere a la prohibición de trato discriminatorio en la aplicación de la ley.»<sup>58</sup>

En jurisprudencia reiterada, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano al cual incumbe la aplicación de lo estatuido en el Pacto, ha señalado que las normas contenidas en el artículo 2 y 26 de dicho instrumento son autónomas entre sí, lo que quiere decir, que sus ámbitos de aplicación son diversos. Así, mientras el artículo 2 consagra la igualdad y no discriminación en cuanto a los Derechos garantidos por el Pacto mismo, el artículo 26 se referiría a la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos que no se encuentran específicamente contenidos en el Pacto.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. PALACIOS, p. 125.

<sup>58</sup> PALACIOS, pp. 125-126

<sup>59</sup> CUVI, pp. 43-44; PALACIOS, pp. 126 y ss.

## **El concepto de discriminación**

Al igual que ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no contiene una definición de aquello que deberá entenderse por discriminación. No obstante, el Comité ha elaborado un concepto que ha sido profusamente utilizado en sus decisiones, y para elaborar el cual se sirvió como antecedente de lo dispuesto por el artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y por el artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De acuerdo con esto, el término discriminación debe entenderse como: «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.»<sup>60</sup>

No obstante, no toda distinción sólo por el hecho de ser tal se transforma en discriminación prohibida por el Pacto. Para serlo, es menester que ella sea

---

<sup>60</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Comentario General nº 18, 11 de septiembre de 1989. Citado por PALACIOS, p. 18.

arbitraria, es decir, que no se base en criterios objetivos y razonables, situación que deberá evaluarse caso a caso de acuerdo al mérito de los antecedentes particulares.<sup>61</sup>

#### **8.1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y en vigencia desde el 18 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos posee en los artículos 1 y 24 una consagración de los principios de igualdad y no discriminación muy similar a la existente en los artículos 2 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aún cuando en el artículo 24 no se determinan los motivos prohibidos de discriminación.

Establecen dichas disposiciones:

Artículo 1: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Cfr. CUVI., p. 46.

<sup>62</sup> ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, «*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*», de 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1

Artículo 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.»<sup>63</sup>

### **Concepto de discriminación**

Siguiendo la tónica de los instrumentos analizados, la Convención Americana de Derechos Humanos tampoco otorga un concepto de discriminación. Además, éste nunca ha sido caracterizado mediante la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana, aún cuando dicho organismo si ha interpretado las normas referidas.

Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que existe trasgresión a los principios de libertad y no discriminación en «toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza».<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*, artículo 24.

<sup>64</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC 4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, de 19 de enero de 1984

No obstante, al igual que ha concluido la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana ha considerado que no toda distinción puede ser considerada un acto discriminatorio, sino que sólo lo serán aquellos actos que no respondan a criterios de justificación objetiva y razonable.<sup>65</sup>

### **8.1.5. El Convenio 111 de la OIT**

A diferencia de los otros instrumentos internacionales reseñados hasta ahora, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo nos encontramos con un instrumento que contempla una definición expresa de lo que debe entenderse por discriminación en materia laboral. En efecto, el Convenio 111 de la OIT, adoptado en 1958 y suscrito por nuestro país en 1971, dispone expresamente en su artículo 1º que el término discriminación comprende: «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»<sup>66</sup>. No obstante el carácter aparentemente taxativo que posee la redacción de esta disposición, las hipótesis que en ella se exponen deben ser entendidas sólo como criterios de identificación preferente

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*

<sup>66</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 111, de 1958. Ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971, art. 1, N° 1 a)

de actos discriminatorios, toda vez que a continuación la misma disposición se encarga de aclarar, que a más de los casos establecidos en el literal a) del N° 1 del art. 1º, los Estados podrán determinar que también constituyen discriminación otros actos, distintos de los explicitados anteriormente, aunque para ello será menester una actividad positiva por parte del Estado Miembro que los consagre como tales<sup>67</sup>, mientras que en las hipótesis del art. 1.1.a) dicho carácter arranca de la Convención misma, obligando a los Estados desde su ratificación a considerar discriminatoria, y por tanto ilícita, cualquier distinción que se haga en base a los criterios antes aludidos

A mayor abundamiento, el Convenio también se encarga de dejar en claro que no toda distinción constituye necesariamente un acto discriminatorio ilegítimo, cuestión que dispone expresamente en el N° 2 del artículo 1º, al señalar que «Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.» Además, tampoco serán consideradas discriminatorias «las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado,

---

<sup>67</sup> El artículo 1.1b) determina que el término discriminación también comprende: “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.” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 111, art. 1.1b))

o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.»<sup>68</sup>

Al ratificar el Convenio 111, nuestro país se comprometió a cumplir con una serie de obligaciones, todas tendientes a promover y garantizar el adecuado respeto a una política de no discriminación, y que se encuentran contempladas preferentemente en el artículo 3º de dicho instrumento. Además, cabe destacar que tanto el Convenio N° 111, como la Recomendación que lo complementa, tiene por finalidad proteger a todos los trabajadores contra la discriminación y dicha protección es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto pública como privada, y conjuntamente con el acceso al empleo y la ocupación también abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesional, el acceso a servicios de colocación y a las organizaciones de trabajadores y empleadores. Y también se incluye la promoción profesional, la seguridad en el empleo, la negociación colectiva, la seguridad social y otras condiciones laborales, inclusive la seguridad y la salud en el trabajo.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 111, de 1958. Ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971, art. 4

<sup>69</sup> Ríos Ramírez, Catherine, “La Discriminación por Razón de Sexo en las Ofertas de Trabajo”, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2004, pp. 31-32.

Respecto a la exigibilidad interna que poseen estas disposiciones, todo dependerá de la naturaleza que se le reconozca al Convenio, toda vez que la solución será distinta si sólo se le arroga el carácter de un simple tratado o si, por el contrario, se determina que él constituye un tratado sobre derechos fundamentales de la persona humana, y por tanto se hace a su respecto aplicable lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, según vimos anteriormente.

A este respecto, nosotros nos sentimos inclinados a suscribir la tesis que considera este Convenio como parte del entramado internacional de instrumentos de protección de los Derechos Humanos<sup>70</sup>, toda vez que es el contenido del texto normativo el que determina en definitiva el tipo de derechos dirigidos a protegerse, y en este caso estamos frente a un instrumento que busca evitar, como muchos otros sobre Derechos Humanos, toda forma de discriminación arbitraria contra los sujetos, aunque en este caso con una extensión más reducida, toda vez que el Convenio es sólo aplicable en el ámbito laboral, pero no por ello deja de tener una importancia relevante, puesto que el trabajo constituye una de las principales facetas de desarrollo del ser humano, principalmente en nuestra sociedad contemporánea. Por tanto,

---

<sup>70</sup> En este mismo sentido se pronuncian: ABOLLADO VIVANCO, Jorge & MARTÍNEZ ARÁNGUIZ, Carolina, *"Hacia un Estudio sobre el Principio de Igualdad y No Discriminación en el Empleo. El Caso Mapuche"*, Memoria de prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002, pp. 127-128.

creemos que respecto del Convenio 111 también se hace aplicable lo dispuesto por el art. 5º de la Constitución, y sus disposiciones por tanto tendrán dentro de nuestra legislación rango constitucional, con todas las consecuencias que ello implica.

## **8.2. Igualdad y no discriminación laboral en el Derecho interno chileno**

La protección en contra de la discriminación laboral se encuentra garantizada en nuestro ordenamiento interno tanto a nivel legal como constitucional.

En el ámbito constitucional —además de la incorporación por remisión de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que realiza el artículo 5º—, ya desde el artículo 1º en nuestra Carta Fundamental se establece un principio rector básico sobre igualdad que emana de la frase: «las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Al estar ubicado en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, dicho precepto habrá de irradiar su influencia sobre todo el resto del texto constitucional, registrándose entonces como un principio básico en nuestro ordenamiento el reconocimiento de que, en esencia, todos los seres humanos nacemos iguales, en tanto compartimos la misma naturaleza racional abstractamente considerada, lo cual determina que a su vez se pueda exigir el respeto a determinados derechos que emanan

directamente de tal calidad<sup>71</sup>. No obstante, la Constitución está lejos de pretender que dicha igualdad ontológica que compartimos todos los seres humanos, se haga extensiva a todo el resto de los aspectos y características que vamos adquiriendo en el transcurso de nuestra vida. El legislador ha entendido que factores sociales, culturales, psicológicos y de otro tipo influyen en el desarrollo de las personas, haciendo que vayan adquiriendo características particulares que habrán de definirlo, además de cómo ser humano, también en cuanto persona, esto es un ser individual, único e irrepetible. Es por eso que más adelante el artículo 19 N° 2 se encarga de elaborar un concepto distinto de igualdad que el que consagra el art. 1°. La igualdad del art. 1° es una igualdad de naturaleza ontológica, en cuanto atiende a la identidad esencial que compartimos todas las personas en cuanto seres humanos. Esta no admite distinciones, ni excepciones. En cambio, la igualdad del artículo 19 N° 2 es una igualdad jurídica, igualdad ante la ley, en virtud de la cual se establece que en Chile «no hay personas ni grupos privilegiados», pero a diferencia de la igualdad a que se refiere el artículo 1°, que no admite excepciones, en este caso si es posible que la ley o la autoridad establezcan determinadas diferencias, necesarias por ejemplo para el ejercicio de determinados derechos, siempre y cuando ellas no respondan a la mera

---

<sup>71</sup> VARAS ALFONSO, Paulino, *“El Principio de Igualdad”*, Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile

arbitrariedad. Según lo expone Enrique EVANS: «La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca.»<sup>72</sup> Pero como este mismo autor agrega, ello no significa que en determinados casos la ley no pueda establecer criterios de diferenciación entre personas o grupos para permitir el ejercicio de algunos derechos, como ocurre por ejemplo cuando se exige que para poder ser ciudadano elector es menester saber leer y escribir y haber cumplido determinada edad. Incluso estas diferenciaciones puede hacerlas la ley en pos de proteger a determinados grupos considerados más vulnerables, como ocurre con la legislación especial destinada a proteger a los pueblos originarios, o también excluir a algunas personas de determinadas actividades o incluso de determinadas zonas geográficas por necesidades de seguridad nacional. La Constitución permite que la ley y las autoridades puedan llevar a cabo dichas diferenciaciones. Lo que ella prohíbe es que dichas distinciones respondan a una mera «discriminación arbitraria», la cual debe ser entendida como «toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o

---

<sup>72</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *“Los Derechos Constitucionales”*, Tomo II, Segunda Edición, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, p. 125

por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable»<sup>73</sup>

Esta última referencia a la prohibición de discriminaciones arbitrarias ha sido una novedad incluida en nuestra Constitución por el inciso segundo del N° 2 del art. 19, a instancias de don Alejandro SILVA BASCUÑAN, quien lo consideró necesario para evitar que el principio de igualdad ante la ley fuera visto sólo como el respeto a ciertos aspectos sociológicos de la persona, a una mera igualdad *sociológica*, sino que a través de él lo que se pretende impedir es que cualquier autoridad —incluido el legislador— pueda hacer discriminación racial alguna manifiesta e indiscutiblemente arbitraria, así como distinciones que no tengan una indiscutible o, por lo menos, una seria base en el bien común.<sup>74</sup> Es decir, con la innovación lo que se pretendía era que en nuestra legislación la igualdad ante la ley no sólo se refiriera a una igualdad *general, formal* en la aplicación de la ley – que las normas sean aplicadas de igual manera a situaciones semejantes –, sino que también habrá de comprender una igualdad en el contenido de la ley, esto es, que los criterios de igualdad también han de

---

<sup>73</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique, “*Los Derechos Constitucionales*”, Tomo II, Segunda Edición, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, p. 125

<sup>74</sup> Comisión de Estudio para una Nueva Constitución, Sesión N° 93, de 5 de diciembre de 1974.

trasuntar a los aspectos sustantivos de las normas las cuales no pueden contener en sí discriminaciones arbitrarias.

A más de esta consagración general del principio de igualdad y no discriminación, el legislador también consideró necesario establecer una norma especial que introdujera el tema directamente en el ámbito laboral. A estos efectos en el N° 6 del artículo 19 dispuso:

«Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

»16. La libertad de trabajo y su protección.

»Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

»Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos».

Del análisis del texto constitucional recién transcrito, se puede derivar que en él adquieren consagración dos derechos distintos pero a la vez complementarios, o más precisamente, según lo expresó la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, el segundo es una proyección del

primero<sup>75</sup>. Estos derechos son: La libertad de trabajo y el Derecho a la no discriminación laboral.

El derecho a la libertad de trabajo contempla en si dos importantes principios: por una parte el derecho que tiene toda persona de no ser forzada a realizar una determinada labor en contra de su voluntad, siendo requisito para la realización de cualquier actividad laboral el consentimiento previo y libre de quien habrá de realizarlo. Y por otro, también se consagra el derecho a la libre contratación y la libre elección del trabajo, consistente en la facultad que le asiste a todo individuo de poder escoger, sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos pro la ley.<sup>76</sup> Según lo expresa Enrique EVANS: «La libertad de trabajo y su protección es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación, ya que no son admisibles, serían discriminatorios y serían nulos, las exigencias o requisitos que no se basen en la idoneidad de los

---

<sup>75</sup> Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, "Proposiciones e Ideas Precisas", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 8, 1981, p. 226.

<sup>76</sup> ABOLLADO VIVANCO, Jorge & MARTÍNEZ ARÁNGUIZ, Carolina, "Hacia un Estudio sobre el Principio de Igualdad y No Discriminación en el Empleo. El Caso Mapuche", Memoria de prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002, p. 150.

trabajadores, salvo que la ley exija cierta edad mínima o la ciudadanía, como sería el caso del Estatuto Administrativo para funcionarios del Estado».<sup>77</sup>

Ahora bien, aunque pudiera parecer baladí la consagración de un principio de no discriminación referido específicamente al ámbito laboral, por cuanto éste ya se encontraba abarcado por la disposición general contenida en el N° 2 del art. 19 antes visto, en la práctica ello no es así. Como ya vimos más arriba, la Comisión de Estudio a través de esta disposición quiso dar una señal política, en el entendido que una de las áreas en que mayores niveles de discriminación se producen es en el ambiente laboral, hecho que al legislador le interesa especialmente impedir, dado el daño social, familiar y personal que esto trae aparejado. Además, el inciso 3° del N° 16 del art. 19 no es una mera reiteración de lo expuesto por la disposición general del 19 N° 2, sino que presenta una importante diferencia con aquel, pues mientras el 19 N° 2 es una norma dirigida particularmente al legislador y a la autoridad pública, prohibiéndoles realizar actos discriminatorios, la norma del 19 N° 16 también abarca a los particulares, cuestión de suyo importante si se considera que el principal empleador en nuestro país no es el Estado, sino la empresa privada, la cual en virtud de esta norma también tiene prohibido comportarse de manera discriminatoria con los trabajadores, prohibición que, como veremos, les obliga

---

<sup>77</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *“Los Derechos Constitucionales”*, Tomo III, Segunda Edición, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, p. 10.

no sólo al momento de iniciar una relación laboral —momento en que se decide si contratar o no a un trabajador— sino también abarca todo el tiempo que dure dicha relación e incluso al momento de su finalización. Como expone la profesora Luz BULNES: «la prohibición que la Constitución impone para la ley y para la autoridad pública, tratándose de materias laborales es más amplia, pues se refiere también a los particulares, porque el texto habla de se prohíbe discriminar, sin especificar como en el caso de la igualdad ante la ley»<sup>78</sup>.

En cuanto a los términos en que nuestra Constitución ha consagrado este principio antidiscriminatorio, él, a diferencia de lo que luego veremos ocurre en el Código del Trabajo, y también en el Convenio N° 111 de la OIT, ha preferido recurrir a un criterio de determinación abierto por oposición al cerrado que usan los otros cuerpos normativos señalados. Es decir, en lugar de enumerar una serie de comportamientos que serán considerados, de manera exclusiva o preferentemente, discriminatorios, la Constitución se limita a señalar que tendrán dicho carácter todos los actos de distinción que no se basen en la capacidad o idoneidad personal, con lo que el precepto adquiere una notoria amplitud. En este punto, disentimos de lo que recientemente ha sostenido Marcelo ARAYA, en el sentido de que al carecer de criterios ejemplares de

---

<sup>78</sup> Bulnes Aldunate, Luz, “La Igualdad ante la ley”. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991, p. 8

discriminación se le otorga escasa contundencia material al precepto.<sup>79</sup> Pensamos que contrariamente a lo que expone este autor, el hecho de que el criterio constitucional no se limite a realizar una enumeración de actos discriminatorios, ni siquiera por la vía ejemplar, refuerza la pertinencia y aplicabilidad de la norma, toda vez que de este modo se evita dejar fuera conductas que, aunque no relevantes al momento de redactar el texto constitucional, pudieran adquirir relevancia con el devenir histórico, como sucede por ejemplo, con las materias referidas al ámbito genético, o con formas particulares de discriminación que adquieren mayor notoriedad con el tiempo, como el hecho de que se exija un examen de natalidad a la mujer antes de ingresar a un trabajo, lo que a nuestro juicio vas más allá, o es distinto, que la conocida discriminación por motivos sexuales, o como incluso podría ocurrir, si dados los avances que en el mundo se operan en el sentido de dar también a los padres ciertos permisos y fuero con motivo del nacimiento de un hijo, ocurriera que en el futuro no sólo a la mujer trabajadora se le exigiera por algunos empleadores inescrupulosos el examen de embarazo, sino que también se le podría exigir al trabajador hombre que concurriera con la prueba correspondiente a su mujer. Todas estas situaciones, y otras que incluso ahora podrían parecer impensadas o mera fantasía, caerían bajo la determinación que

---

<sup>79</sup> Araya Rojas, Marcelo, "Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional Post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio", Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 34.

nuestra constitución hace de lo que se considera un acto arbitrariamente discriminatorio. Todo lo que a este respecto se puede perder en rigurosidad o certeza, se gana por el lado de evitar caer en la seducción de la emergencia legislativa, que en pos de ir adecuando las normas a los requerimientos históricos o a las presiones sociales del momento, hicieran necesario una constante reformulación de la norma constitucional a fin de ir agregando (o quitando) situaciones consideradas de discriminación arbitraria, con todo lo de grave que es para una sociedad estar en una permanente inestabilidad constitucional.

En lo que respecta al ámbito legal, nuestro Código del Trabajo contempla en su artículo 2º una disposición dirigida especialmente a garantizar el derecho a la no discriminación laboral, la cual fue introducida por la reforma realizada a través de la ley 19.759 de 2001.

Según se expresa en el Mensaje con que el Ejecutivo acompañó al Congreso el proyecto que habría de transformarse en la ley 19.759, uno de los objetivos centrales de ella era poner a nuestra legislación acorde con las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país, entre las que se encontraba la incorporación expresa a nuestra legislación de lo dispuesto por el citado Convenio N° 111 de la OIT —aún cuando nosotros pensamos que éste ya se encontraba plenamente vigente e incorporado a nuestra normativa por la remisión que hace el artículo 5º de la Constitución—. A este efecto, la ley

incorporó cinco nuevos incisos, que sustituyeron al antiguo inciso segundo, manteniendo los incisos primero y tercero. Posteriormente, la ley 20.005 de 2005 habría de realizar nuevas incorporaciones y modificaciones al artículo 2º del Código, el cual en la actualidad reza, en lo pertinente a nuestro estudio, del siguiente modo:

Art. 2º: «Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

»Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

»Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

»Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

»Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

»Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

Como podemos observar, en su nueva redacción el artículo 2º sigue el criterio expresado en el Convenio N° 111 de la OIT en cuanto a dar una definición de discriminación que incluye una enumeración de casos que serán considerados propios de acto discriminatorio. Como ya antes hemos expresado, somos contrarios a esta línea seguida por el legislador, por cuanto al enumerar situaciones se corre el riesgo de dejar fuera otras conductas, que también impliquen una discriminación arbitraria, en el sentido expresado por la Constitución y los tratados internacionales, y que sin embargo no caigan dentro de ninguna de las situaciones expresamente descritas en la ley. Esto ocurre por ejemplo con los casos de discriminación producto de la condición de enfermo por VIH/SIDA, el cual aparentemente no cabe dentro de ninguna de las figuras a que se refiere el inciso 4º del art. 2º, sin perjuicio que por la primacía del texto constitucional, aún cuando la discriminación por VIH/SIDA no se encuentre

entre las situaciones enumeradas por el Código, ello no significa que quienes padecen la enfermedad se encuentran en la indefensión, puesto que es la Carta Fundamental quien los ampara frente a los actos discriminatorios, sea que provengan de la autoridad o de un particular.

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro medio la Ley N° 19.779, de 2001, vino a zanjar *en parte* la discusión en torno a la protección al Derecho de los enfermos por VIH/SIDA a no ser discriminados en el ámbito laboral debido a su condición. La norma expresamente señala en su artículo 7° que «No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen.». Es decir, en nuestro medio claramente se ha establecido que el test de ELISA, u otro que aparezca posteriormente para determinar la existencia del VIH en una persona, no puede ser esgrimido como factor para alterar el Derecho de las personas infectadas con el mal a desarrollar una ocupación laboral lícita, en la medida que sus condiciones médicas se lo permitan.

No obstante, decimos que la ley sólo vino a zanjar *en parte* el Derecho de los enfermos por VIH/SIDA a no ser discriminados debido a su condición, porque si bien la ley es clara respecto a los exámenes, nada dice en cuanto a

que el conocimiento de la enfermedad llegue a oídos del empleador por otros medios. Y tampoco se refiere a las condiciones bajo las cuales el trabajador habrá de desempeñar sus funciones, y los actos discriminatorios de que podría ser objeto durante ello, los cuales podrían provenir no sólo de parte del empleador, sino también de sus compañeros de función, que podrían hostigarlo al punto de tener que abandonar su trabajo, sin que con ello se entienda que han trasgredido la ley —o al menos, esta ley—. Sobre estos casos, habrá que atenerse a lo que expresa la normativa general sobre la materia, la cual pensamos que podría resultar insuficiente para otorgar la debida protección al enfermo por VIH.

En lo que sigue de este trabajo, abordaremos en particular cómo se desarrolla este tema durante la relación laboral, y particularmente nos detendremos en los mecanismos con que cuenta el infectado con el VIH para hacer valer el ejercicio de los derechos que le garantiza la ley.

# **CAPÍTULO II: VIH/SIDA Y LAS DISTINTAS FASES DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO**

## **1. LA FASE PRE-CONTRACTUAL**

### **1.1. Aspectos generales**

Nadie duda que en una sociedad como la nuestra, que en lo económico se funda sobre las leyes del libre mercado, el empresario tiene un amplio margen de libertad para determinar aquellas personas que le resultan más adecuadas para ser incorporadas a su unidad productiva. Sólo él puede establecer los requisitos particulares que debe reunir un individuo para ser acogido dentro de su empresa. No obstante, dada la función social que se le reconoce al trabajo, esta libertad para contratar que tiene el empleador, no puede ser ejercida de manera totalmente discrecional, de modo que acarree perjuicios para otros individuos que podrían así ver menoscabados su dignidad y derechos debido a las condiciones arbitrarias y discriminatorias que podrían

ser establecidas como exigencia para acceder a algunos puestos de trabajo. Es por ello que la ley fija, tanto a nivel legal como constitucional, determinados cotos a la libertad de contratar que tiene el empleador, a objeto de evitar que este tipo de situaciones abusivas lleguen a producirse.

En este sentido podemos citar por ejemplo el inciso 2º del artículo 5º del Código del Trabajo, introducido por la ley 19.739, de junio del 2001, el cual dispone como actos discriminatorios las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualesquiera de las condiciones referidas en el inciso 4º del mismo artículo, es decir, que se refieran a determinadas características que el postulante debe reunir vinculadas a su raza, color, sexo, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, etc.

Por su parte, el inciso 7º del artículo 2º, establecido por la ley 19.812 de junio de 2003, agrega que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicados por los responsables de registros o bases de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Sólo se exceptúan aquellos trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que en estos

casos estén dotados, a lo menos de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos y valores de cualquier naturaleza.

Finalmente, reafirmando la protección en contra de la discriminación por motivos de sexo, el inciso final del artículo 194, inserto por la ley 19.591 de noviembre de 1998, determina que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen a objeto de verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Las anteriores normas —en conjunto con las ya anteriormente tratadas contenidas en la Constitución, particularmente en el artículo 19 n° 16—, conforman lo que podríamos denominar estatuto jurídico para evitar la discriminación en el acceso al empleo. Lo expresado en estas disposiciones no implica que el empleador no sea libre de fijar los requisitos que deben cumplir quienes deseen incorporarse a su empresa, sino que sólo establece límites a dicha facultad con el objeto de evitar que se produzcan discriminaciones arbitrarias, es decir, distinciones que no respondan a la mera capacidad o idoneidad personal de quien postula al puesto. Dentro del marco fijado por estas normas, el empleador cuenta con todas las facultades para exigir que quienes postulan a un determinado trabajo cumplan con ciertos requisitos objetivos atinentes a la aptitud necesaria para desempeñar la función laboral

de la plaza que se busca llenar. Así por ejemplo, resultará lícito exigir que se cuente con determinado título profesional para el cumplimiento de algunas funciones, o que se tenga una cierta experiencia previa, o incluso determinadas características físicas, en función del rigor de las tareas que habrán de desarrollarse y ello a objeto de resguardar la vida, salud e integridad de quien haya de desempeñar el cargo.

A más de determinar los requisitos de capacidad e idoneidad que deba cumplir quien quiera ocupar un determinado puesto de trabajo, en doctrina se sostiene que también es lícito para el empleador aplicar a los postulantes determinados tests o exámenes a objeto de comprobar dicha capacidad e idoneidad<sup>80</sup>. A juicio de LIZAMA y UGARTE, esta facultad del empleador no arranca del ejercicio de su potestad de mando o dirección, ya que en este caso no estamos frente a una relación laboral, sino que ella sería una manifestación de la combinación de dos derechos constitucionales íntimamente relacionados: la libertad económica, que consagra el artículo 19 n° 16 de la Constitución, y el derecho de propiedad, que contempla el artículo 19 n° 24 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>80</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, «*Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*», Editorial Jurídica CONOSUR, Santiago, 1998, pp. 255; DIEZ FERRE, Paulina, «*El Principio de No Discriminación en la Fase Preparatoria del Contrato de Trabajo*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 71 y ss.

A más abundamiento, estos autores agregan que los exámenes preocupacionales tienen un reconocimiento normativo expreso en el Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales, Decreto n° 40 del Ministerio del Trabajo de 1967, el cual dispone en su artículo 17, como contenido mínimo del reglamento interno de higiene y seguridad: «los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean preocupacionales o posteriores» que el empleador necesite.<sup>81</sup>

Así entonces, estos tests u exámenes preocupacionales serán lícitos en nuestro medio, en la medida que ellos no trasgredan el modelo antidiscriminatorio fijado por el artículo 19 n° 16 de la constitución, que prohíbe toda distinción que no se funde en motivos de idoneidad o capacidad personal del trabajador, aunque estos exámenes pueden constituir un medio para determinar dicha capacidad e idoneidad en relación con el trabajo ofrecido.

En cuanto a los límites para estos exámenes, a más de no tener un objetivo discriminatorio, ellos deberán practicarse previo consentimiento expreso del afectado, y sus resultados habrán de ser confidenciales. Ambos límites tienen un origen constitucional. Así, en el primer caso, dado que la toma del examen implicará disponer de alguna dimensión física o intelectual del postulante, se hace aplicable a su respecto las garantías constitucionales de

---

<sup>81</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, «*Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*», cit., p. 256.

Derecho a la libertad personal (art. 19 n° 7) y derecho a la integridad física y psíquica (art. 19, n° 7). Por su parte, en el segundo caso, el de la confidencialidad de los resultados, a él se le debe aplicar la garantía del derecho a la intimidad personal que tiene el trabajador y que consagra el art. 19, n° 4 de la Constitución.<sup>82</sup>

## **1.2. Situación de los afectados por VIH/SIDA**

No obstante que las normas legales y constitucionales anteriormente reseñadas fijan un marco general de protección en contra de la discriminación en el acceso al trabajo, aplicable a la mayoría de las situaciones, se ha considerado que tratándose de los afectados por el VIH/SIDA ellas resultan insuficientes. En principio, la norma del artículo 2 del Código posee una redacción que le da un carácter restrictivo —a diferencia de la que contempla el artículo 19 n° 16 de la Constitución—, por ello sólo es aplicable a las situaciones que expresamente son enumeradas por la norma, dentro de las cuales resulta difícil subsumir la de los afectados por el VIH. Es por ello que a través de la ley 19.779 se decidió incluir en nuestra legislación una norma que tiende a la protección expresa de este sector de la población.

---

<sup>82</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, «*Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*», cit., pp. 257-258.

Según dispone el inciso 1º del art. 7 de la ley 19.779, se encuentra explícitamente prohibido en nuestro medio condicionar la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como en el privado, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus del VIH. Asimismo, también se prohíbe exigir la realización de dicho examen como requisito para poder acceder a un trabajo.

La norma del artículo 7 se encuentra reafirmada por lo dispuesto en el artículo 5º de la ley, que establece que el examen para detectar el virus del VIH será siempre confidencial y voluntario para quien se lo realiza, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal.

Estas disposiciones de la ley 19.779 se encuentran en consonancia con las recomendaciones que a este respecto ha realizado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha señalado que no se debería exigir la presentación de diagnósticos relativos al VIH a los solicitantes de un puesto de trabajo ni a quienes ejercen un empleo<sup>83</sup>. Además tampoco se debería exigir una prueba de detección del VIH en el momento de contratar a los trabajadores o como requisito para la continuación de la relación de trabajo. En ningún reconocimiento médico ordinario, por ejemplo, los de aptitud física antes de la

---

<sup>83</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, Recomendación 4.6.

colocación o los exámenes periódicos, debería hacerse una prueba obligatoria del VIH<sup>84</sup>.

A juicio de la OIT no hay razón para pedir a los candidatos a un puesto de trabajo o a los trabajadores activos que proporcionen información personal relativa al VIH. Tampoco debería obligarse a los trabajadores a dar a conocer informaciones de esta índole referentes a un compañero. El acceso a los datos personales sobre la eventual seropositividad de un trabajador debería regirse por unas normas de confidencialidad que concuerden con lo dispuesto en el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997.<sup>85</sup>

A más del hecho de que estas pruebas atentan en contra del derecho a la intimidad de los trabajadores, y que pueden servir de base a una posible discriminación a su respecto, la OIT también ha señalado que resultan del todo inconvenientes debido a que ellas son complejas, caras y no siempre son del todo fiables, por cuanto abundan los casos de falsos positivos, razón por la que es necesario realizar varias pruebas a objeto de tener certeza sobre la presencia del virus. Asimismo, el hecho de que una prueba dé negativo en una

---

<sup>84</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *“Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”*, Recomendación 8.1.

<sup>85</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *“Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, Recomendación 4.7.

persona no necesariamente implica que el virus no se encuentre presente en el organismo, toda vez que el período de incubación de este es relativamente largo, oscilando entre varias semanas y unos tres meses, por lo que un diagnóstico negativo no es necesariamente exacto. Por lo demás, nada impide que un trabajador, que al momento de iniciar la relación laboral no se encuentre infectado, contraiga la enfermedad con posterioridad.<sup>86</sup>

No obstante que la norma del artículo 7 de la Ley 19.779 resulta importante para cautelar los derechos de las personas afectadas por el VIH, particularmente en cuanto al hecho de que se prohíbe exigir la realización del examen del SIDA como requisito para acceder a un trabajo, creemos que su redacción no es del todo feliz, por cuanto ella podría dar lugar a interpretaciones que atenuarían los efectos que el legislador buscaba al momento de dictarla.

El hecho de que a ley hable de que no se puede «exigir» la realización del examen, podría entenderse como que únicamente no es lícito «obligar» a alguien a que se efectúe el examen, pero no obstaría a que se sugiriera o insinuara su realización voluntaria. De acuerdo al diccionario de la RAE, el término «exigir» se refiere a la petición imperiosa de algo a que se tiene derecho, por lo que otro tipo de solicitudes sin esa «imperiosidad» no se encontrarían abarcadas por el término. Esto resulta importante debido a que

---

<sup>86</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual de Aplicación de las Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003

podría entenderse que si el empleador sólo insinúa la realización del examen sin exigirlo no estaría trasgrediendo la norma del artículo 7, lo que haría perder toda eficacia a la norma, por cuanto es sabido que la mera negativa a realizarse el examen podría interpretarse como indicio de la presencia de la enfermedad o de que la persona se ubica en una situación de riesgo y de ahí su resistencia a efectuárselo. Esto daría pie para que el empleador, ante la sospecha de que la persona pudiera estar infectada con el VIH buscara otro resquicio para evitar su contratación, cuestión del todo posible, dado el poder que tiene éste a la hora de determinar quien es aceptado o no dentro de su empresa, sin que sea necesario explicitar que el rechazo se basa en un motivo relacionado con el VIH.

Pensamos que hubiese sido más adecuado que la norma hiciera prohibición expresa de toda referencia al examen del SIDA al momento de contratar, y no sólo sancionara su «exigencia». No obstante, creemos que el sentido que el legislador tenía al establecer esta disposición iba por este camino, y por tanto la prohibición del artículo 7 debería interpretarse como exclusión de toda referencia a esta enfermedad, abarcando aquellas más soterradas que pudieran incluirse, por ejemplo, a través de los consabidos tests psicológicos o en la averiguación de otros datos personales de la persona que postula al trabajo, como podría ser su comportamiento sexual, en la medida que ello lo ubicara entre los grupos de riesgo.

Como señala Oscar ERMIDA URIARTE, en este ámbito el principio de no discriminación implica que tratándose de aquellos postulantes infectados con el VIH, deberán ser tratados como cualquier otro trabajador, aunque se deberá distinguir entre aquellos enfermos asintomáticos y los que ya han desarrollado el SIDA —pues como vimos en el Capítulo I la condición física y la situación de salud en ambos casos no es la misma—. Tratándose de los primeros, puesto que la presencia del VIH en su organismo no tiene ninguna otra significancia para su desempeño laboral, habrán de ser tratados como cualquier otro trabajador sano. Por su parte, aquellos que ya han desarrollado el SIDA, dada las consecuencias físicas que ello acarrea producto de las enfermedades asociadas a que éste da lugar, deberán ser tratados como cualquier otro trabajador enfermo<sup>87</sup>. Este último punto es importante dado que podrán existir casos en que, ante un examen sobre las condiciones físicas necesarias para optar a un determinado trabajo, aparezca que alguna de las enfermedades asociadas al SIDA resulta incompatible con la ocupación a la cual se postula. En esta situación el empleador podrá prescindir de la contratación de una persona sin con ello transgredir la norma del artículo 7° de la ley 19.779, en cuanto el fundamento para ello no será propiamente la seropositividad, sino la incompatibilidad física para desempeñar la función, como ocurriría con cualquier

---

<sup>87</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, "*Repercusiones del SIDA en el Derecho Laboral*", en Revista Laboral Chilena, N° 10, Santiago, Chile, 1993.

trabajador enfermo. Demás está decir que en los casos de infectados asintomáticos, que reúnan los demás requisitos físicos para ocupar un cargo, dicho fundamento no podrá esgrimirse como causal para negar un trabajo, en tanto que para todos los efectos se considera un trabajador sano.

Ahora bien, aunque la ley es clara en el sentido de prohibir la exigencia del examen del VIH como requisito para postular a un trabajo, estudios realizados por Vivo Positivo entre los años 2000 y 2005 indican que pese a ello esta práctica está lejos de haberse erradicado en nuestro medio. Así por ejemplo, personas entrevistadas por esta organización declararon conocer varias empresas en donde el requisito del test del SIDA obligatorio aún se sigue implementando, incluso después de entrada en vigencia la ley:

«Todavía se ve en lo laboral. Yo me he dado cuenta porque yo quería trabajar con mi hermano en una cuestión de alimentos congelados y resulta que estaba lista y a mi hermano le hicieron los exámenes de rutina, los mandaron al laboratorio y en esos exámenes estaba el VIH. Yo le dije “pero no me lo pueden hacer, yo voy a reclamar”. Mi hermano me dijo “no, porque me cagai [.sic] a mí (me causarás problemas), cómo te vas a poner a reclamar, al tiro van a saber que... no, no vas”. Y a ellos se lo hicieron, sin consultarle, él fue a hacerse exámenes de rutina porque manipulaba alimentos, el de la hepatitis y toda esa cuestión y ahí estaba el VIH». (Mujer, Santiago).

«La Irene Jofré también fue y por lo mismo, “ya, te vamos hacer el examen...”, se lo iban a tomar ahí mismo, al tiro, “no –dijo– espere un poquito voy a comprar cigarros y de ahí vengo”. Se fue para la casa». (Mujer, Santiago).

«En Avon también piden el examen del VIH. También fui a Avon para empaque y no, tampoco, tengo que hacerme el examen, sin el examen yo no puedo trabajar ahí. Yo mandé todo, fui a entrevista, la señorita “perfecto, todo ok, aquí el único problema es que tienen que hacerse el examen por obligación”. Entonces le dije “¿por qué me lo voy hacer?”, “no –me dijo– es obligación”. Si yo me hago el examen, yo no tengo ningún problema ¿pero adónde me van a recibir?, en ninguna parte y de ahí que yo estoy sin trabajo». (Mujer, Santiago).

«”Aquí tiene una hojita con el test anti drogas y el examen de SIDA, por favor firme”, tuvo que firmar, pero en el caso mío si voy yo y me dicen eso, yo no lo firmo.... Entonces a eso es a lo que voy. Si tú no firmas te dejan hasta ahí y chao. Entonces es igual. Y eso fue el año pasado». (Hombre, Iquique).<sup>88</sup>

Por otra parte, aún en los casos en que no se explicita directamente la obligatoriedad de realizarse el test del SIDA como requisito de postulación, los infectados con el virus miran con profunda desconfianza las baterías de exámenes tendientes a determinar la aptitud física requerida para el trabajo a

---

<sup>88</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, «Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005», cit., p. 110.

que se postula, por cuanto nada les asegura que entre los distintos exámenes de sangre que se efectúan, no se aplique además el test de ELISA sin el consentimiento o conocimiento del afectado, cuestión que en los hechos podría estar ocurriendo dado el testimonio brindado por algunas personas:

«Lo que quería preguntar es del examen, porque yo he sabido que la gente de Metal, que es la empresa donde de repente piden gente, no pueden hacerlo. A mí me hacen hacerme exámenes del corazón, pero a la gente de Metal le sacan sangre. Yo nunca he ido a trabajar a Metal, no sé si me puede tocar, porque a nosotros los supervisores nos envían a diferentes obras y a ellos les hacen sacar sangre. Siempre dicen que es para otros exámenes, nunca dicen que es para el VIH ¿Pueden hacerlo de una forma sin que uno se dé cuenta?». (Hombre, Punta Arenas).

«Tú postulas por otra empresa, porque donde uno va a trabajar no contrata, te contrata otra empresa y dentro de lo que te piden, así como te piden papel de antecedentes, te dicen que van a hacer exámenes de sangre». (Mujer, Santiago).

«Nosotros fuimos un grupo de gente a postular a un trabajo para hacer aseo en las empresas, fuimos varias y nos mandaron a la Asociación Chilena de Seguridad a hacernos los exámenes. Nos hicimos todos los exámenes, no nos hicieron firmar ningún documento para hacernos el test de ELISA. Todos quedaron trabajando, yo fui la única que quedé afuera. Todos eran negativos,

yo no les dije, yo sabía que tenía VIH. Yo fui, postulé y quedé afuera... Fui a preguntar y no me dieron respuesta, me dijeron te vamos a llamar. Esto fue el año pasado». (Mujer, Antofagasta).<sup>89</sup>

Finalmente, debemos señalar que por expresa disposición de la ley quedan excluidas de las normas anteriormente reseñadas, referidas al período de pre-contratación tanto en el sector público como privado, quienes pretendan ingresar a alguna de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden, esto es, aquellos regidos por el D.F.L. N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, por el D.F.L. N° 2, de 1968, del Ministerio del Interior, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 412, de 1992, del Ministerio de Defensa Nacional y por el D.F.L. N° 1, de 1980, del Ministerio de Defensa Nacional. Según el inciso 2° del artículo 7 de la ley 19.779, en dichos casos habrá que estarse a lo dispuesto por cada uno de los reglamentos respectivos, lo cual no excluye la posibilidad de que entre las distintas pruebas realizadas a los postulantes se encuentre presente el test del SIDA. El motivo de esta diferenciación fue expuesto en la Comisión Mixta del Congreso que discutió el proyecto por el Senador FERNANDO CORDERO (ex Director General de Carabineros), para quien: «las especiales características de las instituciones armadas y de la policía justifican un tratamiento diferente que, por estar

---

<sup>89</sup> VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, «Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005», cit., pp. 108-109

asentado en razones estructurales y funcionales y en disposiciones jurídicas, no es en absoluto arbitrario. El mando al interior de ellas se sustenta en un sistema de disciplina formal que es diferente al de los servidores civiles del Estado, lo que ejemplificó con el requisito que deben cumplir muchos de sus miembros, en el sentido de obtener permiso para contraer matrimonio. Recordó también que los exámenes preventivos de salud son en ellas obligatorios, para que opere el seguro de vida a favor de su personal. Por lo demás, comentó, no se establece excepción respecto de la aplicación de las normas sobre confidencialidad y consejería».<sup>90</sup>

Cabe destacar que esta norma de excepción atiende sólo a los requisitos para ingresar a una de estas instituciones, pero no incluye la situación de aquellas personas infectadas que ya se encuentren dentro de ellas. Respecto éstas, la permanencia en el servicio, la renovación de los empleos y la promoción, no podrán ser condicionadas a los resultados del examen.

## **2. EL VIH/SIDA DURANTE LA FASE CONTRACTUAL**

Como señalamos en el Capítulo I de esta memoria, el SIDA se encuentra radicado principalmente entre la población adulta que se encuentra en edad de

---

<sup>90</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, «*INFORME DE LA COMISION MIXTA encargada de proponer la forma y modo de superar las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley sobre sistemas de prevención causados por el virus de la inmunodeficiencia adquirida*», BOLETIN N° 2.020-11, 30 de Octubre de 2001.

desempeñar una función laboral. De hecho, una buena parte de los aquejados por esta enfermedad, particularmente los portadores asintomáticos, se encuentran efectivamente ocupando algún puesto de trabajo, razón por la que se hace fundamental diseñar políticas claras que vayan orientadas a, por una parte, protegerlos en contra de la discriminación, y además brindarles todo el apoyo que sea necesario a objeto de promover y garantizar un nivel adecuado de calidad de vida para ellos. En este sentido, le cabe una función no sólo al Gobierno, quien debe generar la normativa adecuada para satisfacer este objetivo y proveer los mecanismos para fiscalizar que ésta se cumpla, sino que además deben también cumplir una función tanto los empresarios como las organizaciones de trabajadores, por cuanto en gran medida ellos serán los directamente afectados por este mal.

### **2.1. Una política consensuada para el VIH/SIDA en el lugar de trabajo**

Tanto Naciones Unidas como la OIT, han postulado el último tiempo la importancia que tiene la participación de los directamente involucrados en las estrategias que se lleven adelante para hacer frente a la epidemia del SIDA, función que tratándose del ámbito laboral, compete primeramente a empresarios y trabajadores. Respecto de los primeros, la OIT ha tratado de hacer conciencia en la importancia que reviste al interior de la empresa llevar adelante programas enfocados a educar para la prevención del mal, toda vez que los costos que se derivan para ellas de éste, una vez que se presenta, son

muy altos. Como declaró Francois PERIGOT, Presidente de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) en mayo del 2002, «La epidemia del VIH/SIDA ha llegado a constituir una crisis de ámbito mundial. El mundo de los negocios se ve cada vez más afectado, no sólo por el costo humano de la fuerza de trabajo perdida sino a causa de la disminución de los beneficios y de la productividad, que son sus corolarios. Lo anterior plantea nuevos desafíos tanto para los trabajadores como para los empleadores. Las intervenciones en el lugar de trabajo contempladas en el marco de la lucha contra el VIH pueden contribuir a mejorar las relaciones laborales y evitar que se interrumpa la producción.»<sup>91</sup>

En cuanto a las organizaciones de trabajadores, que al menos en teoría persiguen el objetivo de velar por los Derechos y las condiciones de trabajo de la fuerza laboral, se enfrentan en la actualidad también con el desafío de proteger los medios de subsistencia, la salud y la vida de los trabajadores y sus familias en contra de la amenaza del VIH/SIDA.

Aunque las ópticas desde donde parten empleadores y trabajadores pueden ser distintas, ellas en modo alguno pueden verse como contrapuestas, toda vez que la única forma de hacer frente de una manera meridianamente

---

<sup>91</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Utilización del Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo y del Manual de Capacitación Respectivo. Directrices para los Empleadores", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 2.

coherente y efectiva al avance de la epidemia requiere del esfuerzo mancomunado de todos los actores, en tanto el objetivo final es básicamente el mismo, y los problemas que la enfermedad acarrea en definitiva afecta a todos por igual, por cuanto cuestiones como una baja en la productividad o la pérdida de mano de obra competente y calificada, puede provocar un fuerte impacto en las unidades productivas, e incluso en algunos casos condenarlas a la desaparición, tratándose de empresas más pequeñas, con la consiguiente repercusión para los trabajadores que ahí laboran y sus familias, y aunque algo más indirectamente, también para la economía en general. De ahí que la OIT entre sus recomendaciones, promueva la necesidad de llevar adelante un amplio diálogo social, entre gobierno, empresarios y trabajadores, el cual involucra todo tipo de negociación, consulta o intercambio de información entre los distintos actores, a fin de identificar los problemas laborales, sociales y económicos que se derivan de la enfermedad y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo que promueve la OIT, en base a una óptica común, que sea capaz de hacer converger los intereses de las distintas partes.<sup>92</sup>

En vista a lo anterior, la OIT recomienda impulsar la elaboración de una «Política para el lugar de trabajo», a través de la cual se fijan lineamientos claros respecto a cómo cada empresa se prepara para hacer frente al

---

<sup>92</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual de Aplicación de las Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, Módulo 3, p. 2.

problema, de forma consensuada entre empleador y trabajadores, y de acuerdo a los lineamientos generales de la normativa de cada país. A juicio de este organismo, una política fijada de este modo permitiría dar una fuerte señal de que tanto empleadores como trabajadores están dispuestos a trabajar mancomunadamente para hacer frente al problema. Al ser consensuada, tendría muchas más posibilidades de tener éxito, por cuanto en las conversaciones previas que habría que llevar a cabo para fijarla, se podrían limar las asperezas y atenuar los posibles puntos de desencuentro. Además, al ser elaborada entre los distintos componentes de la empresa, sería mucho más fácil determinar cuáles son los problemas reales que pudieren existir, las áreas o situaciones más problemáticas para el lugar de trabajo en particular, así como también permitiría coordinar esta política con todo otro tipo de acuerdo paritario que exista en la empresa y que pudiera verse implicado.<sup>93</sup>

Respecto del contenido de esta política, si bien las partes deberán entenderse libres para delinearlas de acuerdo a lo que son sus requerimientos, y la legislación positiva de cada país, ella debería al menos contemplar los

---

<sup>93</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual de Aplicación de las Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, Módulo 3, p. 4.

principios básicos que esta organización internacional ha expresado en su Repertorio de Recomendaciones Prácticas, entre los que se encuentra<sup>94</sup>:

1. Reconocer el VIH/SIDA como un problema en el ámbito laboral, y ser tratado como tal, como cualquier enfermedad profesional grave. Esto no sólo porque afecta a los trabajadores, sino también porque al ocupar la empresa un lugar relevante dentro del organigrama social, le cabe una función central en la lucha contra la propagación y los efectos de la epidemia.
2. Prohibir toda forma de discriminación en el lugar de trabajo, particularmente aquella fundada en motivos relacionados con el VIH/SIDA.
3. Reconocer y promover la igualdad entre hombres y mujeres. Particularmente se debe tener en consideración que la mujer se encuentra más expuesta 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.

---

<sup>94</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación N° 4.

4. Promover un medio ambiente de trabajo sano y seguro, para todas las partes involucradas, a objeto de prevenir el contagio por VIH.
5. Promover la aplicación de una política y un programa contra el VIH/SIDA que involucre de la misma manera al gobierno, empleador y trabajadores. De igual modo se debe contemplar, en aquellos casos en que sea procedente, la participación activa de las personas afectadas por VIH que se encuentren dentro de la empresa.
6. Prohibir las pruebas tendientes a determinar la presencia del VIH en el organismo de una persona, tanto si se encuentra actualmente trabajando, como si está postulando a un puesto.
7. Respetar la confidencialidad e intimidad de los trabajadores, a quienes no se les puede obligar a que proporcionen información personal relativa al VIH, o a la condición real o presunta de un compañero. El acceso a los datos personales sobre la eventual seropositividad de un trabajador debería regirse por unas normas de confidencialidad que concuerden con lo dispuesto en el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de 1997.
8. Reconocer que la condición de seropositivo no es ni puede ser causal para hacer cesar la relación laboral. De acuerdo con ello, y

tal como ocurre con otras enfermedades, las personas con VIH deberían tener la posibilidad de trabajar mientras sean médicamente aptas para hacerlo en un puesto apropiado existente.

9. Desarrollar distintas estrategias orientadas a prevenir la propagación de la enfermedad, particularmente educando para el cambio de actitudes y comportamientos, que han demostrado ser las formas más efectivas de hacer frente a este mal.

10. Promover al interior de las empresas la solidaridad, la asistencia y el apoyo hacia quienes se ven afectados por la enfermedad. En este sentido, se debe reconocer que todos los trabajadores, sean o no seropositivos, tienen derecho a servicios médicos adecuados, razón por la que no deberían ser objeto de discriminación ni ellos ni las personas a su cargo en lo referente a la afiliación y al disfrute de las prestaciones de los regímenes obligatorios de seguridad social y de los planes de previsión profesionales.

Además de estos principios, una política sobre el VIH/SIDA al interior de la empresa debería contener remisiones a otros acuerdos directamente relacionados con el lugar de trabajo, como los trámites aplicables a las quejas y

los conflictos, los procedimientos disciplinarios, los convenios en materia de salud y seguridad en el trabajo y los motivos de despido.<sup>95</sup>

A juicio de la OIT, resulta deseable que todas estas políticas referentes al VIH/SIDA en el lugar de trabajo fueren recogidas en alguna especie de convenio colectivo, sea este especial y enfocado específicamente sobre el tema, o se incorpore a través de cláusulas adicionales a convenios ya existentes. Consideramos que esta recomendación de la OIT resulta importante, por cuanto al tener los convenios colectivos un carácter de «ley» al interior de la empresa, serviría para ayudar a garantizar el efectivo cumplimiento de las políticas adoptadas, otorgando la opción de impugnar, incluso judicialmente, aquellos actos que vayan en detrimento o sean contrarios a lo acordado.

## **2.2. Educación y prevención como base de una política laboral contra el VIH/SIDA**

De la lectura del Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT, y según se desprende de los principios arriba reseñados, el eje sobre el cual este organismo cree se debe construir una política sobre el VIH al interior de la empresa es la prevención, a través de una labor informativa y didáctica. A juicio

---

<sup>95</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual de Aplicación de las Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo”, Módulo 3, p. 5

de la OIT esto resulta fundamental, ya que el lugar de trabajo es un sitio ideal para la elaboración de estrategias de prevención, puesto que en todos ellos hay personas en riesgo. Además de que, el ambiente propio de ciertos lugares de trabajo y ocupación acentúa los riesgos de infección, como por ejemplo ocurre con la minería, en donde los hombres trabajan por períodos prolongados lejos de su familia, o el área del transporte, que obliga a quienes se desempeñan en él a viajar grandes distancias, alejándose periódicamente de su hogar.

El Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT presenta la prevención como un proceso con las siguientes tres fases principales:

1. **Información y sensibilización.** Así como en la mayoría de los lugares de trabajo se brinda información y capacitación sobre seguridad y salud en el trabajo, y también sobre las condiciones de trabajo, los derechos y el comportamiento. La OIT estima que pueden, y deberían organizarse, campañas de sensibilización sobre el VIH y el SIDA para todos los trabajadores. Específicamente el Repertorio expresa: «a) Los programas de información deberían ir vinculados, de ser factible, a campañas más generales sobre el VIH/SIDA en los planos local, sectorial, regional y nacional. Los programas deberían basarse en información exacta y actualizada sobre la forma en que se transmite —y no se transmite— el VIH, procurar erradicar los

mitos existentes sobre el VIH/SIDA y explicar la manera de impedir la infección, los aspectos médicos de la enfermedad, el impacto del SIDA en las personas y las posibilidades en materia de cuidados, apoyo y tratamiento; b) En la medida de lo posible, las campañas, cursos y programas de información deberían integrarse en las políticas y programas de educación y de recursos humanos existentes, así como en las estrategias de lucha contra la discriminación y de seguridad y salud en el trabajo.»<sup>96</sup>

- 2. Programas de educación participativa que evalúen y gestionen los riesgos propios.** Para la OIT, estos programas de educación son un elemento esencial de la prevención, a partir de las campañas de información y sensibilización, en cuanto ayudan a la gente a aplicar los mensajes generales a su propia realidad, situación y comportamiento. Además le dan los medios necesarios para tomar decisiones personales sobre su exposición al riesgo y el modo de manejarlo. En la elaboración de estos programas se debe tener siempre en consideración el género, la raza y la preferencia sexual debiendo adaptarse a los requerimientos de a

---

<sup>96</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 6.1

quienes va enfocado<sup>97</sup>. Además, es deseable que la formación y educación esté a cargo de los propios colegas y compañeros de trabajo<sup>98</sup>, y en especial se debe considerar la participación de las personas seropositivas que estén dispuestas a ello.

En cuanto a los contenidos, la OIT estima que cuando sea práctico y apropiado los programas deberían:

«– incluir actividades que inciten a las personas a sopesar los riesgos que corren personalmente (como individuos y como miembros de un grupo) y a reducirlos mediante unas decisiones oportunas, la negociación, las técnicas de comunicación y los programas de educación, prevención y asesoramiento;

»– hacer especial hincapié en los comportamientos de alto riesgo y en otros factores tales como la movilidad profesional, a consecuencia de los cuales algunas categorías de trabajadores se ven más expuestas a la infección por el VIH;

»– facilitar información sobre la transmisión del VIH por inyección de medicinas y drogas y sobre la manera de reducir este riesgo;

---

<sup>97</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 6.3

<sup>98</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 7.2

»– mejorar el diálogo entre el gobierno y las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los países vecinos y de las regiones mundiales;

»– promover una mejor concienciación del VIH/SIDA en los programas de formación profesional organizados por los poderes públicos y por las empresas, efectuando esta labor con la colaboración de las organizaciones de trabajadores;

»– promover campañas centradas en los trabajadores jóvenes y en las mujeres;

»– poner de manifiesto la vulnerabilidad de las mujeres frente al VIH e impulsar planes de prevención a fin de disminuir el riesgo que corren;

»– poner de relieve que el VIH no puede transmitirse con contactos ocasionales y que las personas infectadas por el VIH no han de evitarse, ni rechazarse, sino que deben ser ayudadas y debe adaptarse el trabajo a sus circunstancias;

»– explicar los efectos debilitantes del virus y la necesidad de que todos los trabajadores se sientan solidarios con los trabajadores infectados por el VIH/SIDA y no los discriminen;

- »– dar a los trabajadores la oportunidad de expresar y de comentar sus reacciones y emociones ante el VIH/SIDA;
- »– instruir a los trabajadores (en especial al personal de salud) respecto de la manera de cumplir las precauciones universales y los procedimientos establecidos para el caso de exposición;
- »– enseñar las técnicas de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y de la tuberculosis, no sólo por el riesgo consiguiente de contagio por el VIH, sino porque estas infecciones se pueden tratar, lo cual mejora la defensa inmunitaria y la salud general de los trabajadores;
- »– fomentar la higiene personal y una alimentación sana;
- »– promover unas prácticas sexuales más seguras, lo que entraña enseñar a usar preservativos a los hombres y las mujeres;
- »– estimular las labores didácticas extraoficiales y las explicaciones a cargo de compañeros y colegas;
- »– ser objeto de una observación y evaluación constantes, para modificarlos si es necesario.»<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 6.2

3. **Medidas prácticas que respalden el cambio de comportamiento.** Finalmente, la OIT estima que es necesario adoptar todas aquellas medidas prácticas que sirvan para coadyuvar a que los individuos realicen un cambio en sus comportamientos, a objeto de reducir las situaciones de riesgo. Dentro de estas medidas, se le otorga una gran importancia a, por ejemplo, repartir gratuitamente o a bajo costo preservativos a los trabajadores de ambos sexos. Asimismo, se deberían incluir otras medidas referidas a otorgar oportunidades rápidas de diagnóstico, de tratamiento y de manejo efectivo de las infecciones de transmisión sexual y de la tuberculosis, así como organizar un programa de suministro de agujas y jeringuillas esterilizadas, cuando corresponda, así como proporcionar información sobre los lugares en que se prestan dichos servicios.<sup>100</sup>

### **2.3. VIH/SIDA y discriminación durante la relación laboral**

Como ya tuvimos oportunidad de señalar, entre los principios básicos sobre los cuales se debe asentar una política general sobre el VIH/SIDA en el ámbito laboral está el de no discriminación, en cuanto se estima que la

---

<sup>100</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 6.5

discriminación y el rechazo (estigmatización) de las personas que viven con este mal entorpecen gravemente el esfuerzo por prevenir la epidemia.

Entre las causas de la discriminación y el rechazo se encuentran en gran medida el prejuicio y el temor, nacido de la ignorancia que se tiene del mal, y particularmente de sus formas de contagio. De ahí que la OIT ha resaltado dentro de las labores educativas aquellas destinadas a aclarar estos puntos, para que la gente, además de aprender los métodos más adecuados de protección, también pierda el miedo a los infectados con VIH/SIDA, a fin de lograr eliminar la discriminación y asegurar a estos una mejor calidad de vida.

A más de lo anterior, con el objeto de evitar la discriminación, la OIT también recomienda que, salvo casos muy excepcionales, no se acepte la realización de exámenes destinados a detectar la presencia del virus del VIH en los trabajadores. En opinión de esta organización, la realización de los exámenes no es necesaria y pone en peligro los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores, por cuanto los resultados de las pruebas de detección pueden acabar siendo divulgados y explotados indebidamente, y es posible que el consentimiento del trabajador no sea siempre absolutamente libre o no esté basado en un conocimiento pleno, es decir, en la apreciación de

todas las circunstancias y consecuencias de las pruebas médicas.<sup>101</sup> Particularmente la OIT recomienda prohibir la exigencia del examen del VIH como requisito para continuar la relación laboral, el cual no debe realizarse ni aún so pretexto de las pruebas generales sobre aptitud física que puedan existir como requisitos en algunos trabajos<sup>102</sup>.

Respecto de los casos excepcionales en que la OIT acepta que se practiquen exámenes de VIH, aparte de aquellos casos en que los trabajadores decidan, por propia iniciativa y voluntariamente realizárselos, también las acepta cuando ellas tengan por objeto realizar estudios destinados a la «vigilancia epidemiológica». No obstante, en este último caso, los estudios deben ser realizados de manera anónima e independiente en el lugar de trabajo, a reserva de que se realicen de conformidad con los principios éticos de la investigación científica y la ética profesional, y salvaguardando los derechos individuales y la confidencialidad. Además, cuando se efectúen dichas investigaciones, los trabajadores y los empleadores deberían ser consultados e informados. Respecto de la información recabada, ella no debería utilizarse con fines de discriminación de personas o grupos de personas. Asimismo, la OIT no considera que las anteriores pruebas sean anónimas si existe la posibilidad de

---

<sup>101</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 8.

<sup>102</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 8.1

que pueda deducirse de las mismas el estado de salud del interesado respecto del VIH/SIDA.<sup>103</sup>

Estas ideas marco contenidas en el Repertorio de Recomendaciones de la OIT son en gran medida recogidas en nuestro país por la ley 19.779. En ella, como ya vimos, se prohíbe expresamente que se exija a los trabajadores, tanto del sector público como privado, a que se hagan las pruebas del VIH. Del mismo modo, el artículo 7 de la ley prohíbe que la renovación o permanencia en un empleo, o la promoción dentro de éste, pueda condicionarse a dichos exámenes.

Demás está decir que en este caso también se prohíben las pruebas «secretas» de VIH que pudieran realizarse en el marco de los chequeos médicos periódicos que pueden establecerse en una determinada empresa, los que si bien no están expresamente consagrados por ninguna disposición legal, se desprende su factibilidad de aplicación de lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 153 del Código, referida al Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, en el cual la Dirección del Trabajo ha manifestado que se puede establecer «un control periódico de salud de los trabajadores de la empresa, atendiendo especialmente la función que desempeñan, como medida preventiva no sólo

---

<sup>103</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Recomendación 8.3

para evitar accidentes, o enfermedades comunes como sería la de la especie, sino también del trabajo o profesionales.»<sup>104</sup>

Ahora bien, según ya antes hemos explicado, lo dispuesto por la ley 19.779 se encuentra además en concordancia tanto con nuestra legislación constitucional, como con las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país a través de los tratados suscritos, en los que se prohíbe toda forma de discriminación arbitraria. No obstante, como apuntamos, lo que la ley prohíbe es la discriminación arbitraria y no cualquier diferencia, es por ello que a la hora de interpretar la ley creemos necesario hacer una distinción entre aquellos trabajadores seropositivos asintomáticos, y quienes ya han desarrollado el SIDA.

Según la tesis que aquí seguimos, expuesta por ERMIDA URIARTE, tratándose de los primeros, ellos deben recibir el trato de cualquier trabajador sano, y por tanto a su respecto se hace plenamente aplicable lo señalado por el inciso 1º del artículo 7 de la ley, es decir, en modo alguno su situación de portadores del VIH habría de afectarlos dentro del desarrollo de su situación laboral. El problema aparentemente surge con aquellas personas que ya han desarrollado el SIDA, y que por tanto pueden verse aquejados de las distintas complicaciones que dicha enfermedad acarrea.

---

<sup>104</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 4916/226, de 21 de diciembre de 2001.

Según ERMIDA URIARTE —tesis que compartimos—, dichos trabajadores deben ser tratados como cualquier otro que presente alguna enfermedad grave. Ante ello, si sus condiciones de salud se tornan delicadas, deberá evaluarse la pertinencia de que siga desempeñando las labores específicas para las cuales fue contratado, o si es necesario otorgarle alguna otra función más adecuada para su condición, sin que sea lícito, en principio, despedirlo.

Esta obligación para el empleador, arranca de lo dispuesto por el artículo 184 del Código, el cual expresa que: «El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales».<sup>105</sup>

Por su parte el artículo 187 agrega que:

«No podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad.

»La calificación a que se refiere el inciso precedente, será realizada por los organismos competentes de conformidad a la ley, teniendo en vista la

---

<sup>105</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 184, inciso 1º.

opinión de entidades de reconocida especialización en la materia de que se trate, sean públicas o privadas».<sup>106</sup>

Según las anteriores disposiciones, y en concordancia con lo señalado por el artículo 1444 del Código Civil, se entiende como un elemento de la naturaleza del contrato de trabajo el deber de seguridad del empleador, en virtud del cual está obligado a tomar en el trabajo todas las medidas pertinentes para proteger de manera eficaz la vida y salud del trabajador, motivo por el que no podrá admitirle ni exigirle que se desempeñe en faenas superiores a sus fuerzas, o que puedan comprometer su salud o seguridad personal.

En este sentido, según ha concluido la Dirección del Trabajo, resultaría obligatorio para el empleador, en virtud del deber de seguridad que le afecta, proporcionar al trabajador aquejado de algún menoscabo o limitación en su capacidad laboral una función o faena compatible con dicho estado, si las labores que desempeña no se compadecen con tal condición y ponen en riesgo real y efectivo su salud o integridad física o psíquica. Del igual modo, tampoco podrá admitirlo a laborar en aquellas faenas o funciones que puedan comprometer su salud y seguridad atendidas las características que éstas tienen y el estado o condiciones propias del trabajador.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 187.

<sup>107</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 3458/178, de 21 de octubre de 2002.

En caso de que exista duda acerca de si un trabajo determinado es perjudicial para la salud o integridad física o psíquica del trabajador enfermo de SIDA, de acuerdo a las complicaciones que le ha traído la enfermedad, ello deberá ser resuelto por los organismos médicos competentes, sea a instancia del empleador o del propio trabajador.

Cabe agregar que según lo señalado por la Dirección del Trabajo, tal recurso de solicitar una calificación no impide que si las funciones que ejecuta el dependiente son claramente inadecuadas para su salud o seguridad, el empleador, en cumplimiento del deber de seguridad que le imponen las disposiciones analizadas, deba proporcionarle desde ya una faena o función compatible con su estado o condición, mientras se obtenga tal declaración, situación evidente que puede ser fiscalizada por el Inspector del Trabajo.<sup>108</sup>

En caso de que el informe médico así lo determine, el trabajador que sin haber cumplido los requisitos de edad para obtener pensión de vejez, y a consecuencia de las enfermedades adquiridas producto del SIDA, vean disminuida notoriamente su capacidad de trabajo, podrán acceder a una pensión de invalidez total o parcial, según si su pérdida de capacidad es superior a 2/3 o inferior a esto y superior al 50%, según lo dispuesto por el artículo 4º del D.L. 3.500. Sin embargo, ello no significa que por este sólo hecho

---

<sup>108</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 3458/178, de 21 de octubre de 2002; y ORD. N° 374/30, de 26 de enero de 2000.

vayan a cesar automáticamente en sus funciones, por cuanto esta no constituye una de las causales legales de despido. Por el contrario, la Dirección del Trabajo ha señalado que un pensionado por invalidez, aún en los casos de invalidez total, se encuentra expresamente habilitado por la ley para seguir trabajando. Y esto es válido cualquiera sea el grado de invalidez parcial o total que afecte al trabajador, y sea que se trate de declaración transitoria o definitiva de invalidez, es de decir, tanto del primer como del segundo dictamen de las Comisiones Médicas Regionales.<sup>109</sup>

Ahora bien, al no ser la declaración de invalidez una causal, *per se*, de término de la relación laboral. El empleador se encuentra en la obligación de mantener en funciones al trabajador, aún cuando en este caso deberá evaluarse si la capacidad residual de éste es compatible o no con la función desempeñada hasta el momento. En caso de serlo, no existe impedimento legal alguno para que siga desarrollándola. En caso contrario, el empleador deberá determinar otra que cumpla con las exigencias de no ser un peligro para la seguridad y la salud del trabajador.<sup>110</sup> Si el empleador no tiene otra labor adecuada para cambiar al trabajador pensionado de invalidez atendida la capacidad de trabajo de éste, y estima que podría configurar una causal de terminación de contrato, corresponde pronunciarse sobre su procedencia y

---

<sup>109</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 1658/82, de 8 de agosto de 2001.

<sup>110</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 374/30, de 26 de enero de 2000.

ponderación a los Tribunales de Justicia, en caso de reclamación del trabajador.<sup>111</sup>

Para finalizar, creemos importante recalcar que en la situación anteriormente descrita, el cambio en las condiciones laborales del trabajador, o su eventual cese de funciones, no encontraría como fundamento en sí su condición de seropositivo, por lo que, para los efectos laborales, ni siquiera se hace necesario efectuar los exámenes pertinentes para determinar esa condición, tal y como expresa la ley. La causal vendrá, como con cualquier otro trabajador gravemente enfermo, por la incompatibilidad de su salud para desempeñar las funciones laborales para las que fue contratado. Ello será producto no del SIDA, sino de alguna de las enfermedades que le son asociadas, y que son las que, en definitiva, provocan los signos externos del infectado, puesto que el virus del VIH en sí, no provoca cambios físico «aparentes», sino que al bajar las defensas del individuo permite el ingreso de otras enfermedades que son las que, incluso, le pueden causar la muerte.

### **3. VIH/SIDA Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Coincidente con lo que han sido las Recomendaciones de la OIT, a objeto de evitar la discriminación en el trabajo producto de la condición de

---

<sup>111</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 3458/178, de 21 de octubre de 2002

seropositivo, y de que una persona afectada por este mal sea arbitrariamente apartada de sus funciones en virtud de ello, la ley 19.779 dispone expresamente que no podrá condicionarse la permanencia o la renovación en el empleo de un trabajador a los resultados del examen del VIH, y tampoco podrá exigirse la realización de éste con dichos fines.

Aún cuando esta norma, del artículo 7 de la ley 19.779, resulta importante en cuanto deja asentada la voluntad política de que en nuestro país nadie pueda ser despedido producto de su seropositividad, ella parecería innecesaria si se analiza en general la normativa sobre despido que se rige por el Código del Trabajo.

En efecto, de acuerdo a la ley del ramo, las causales legales que se consideran lícitas para apartar a alguien de su trabajo se encuentran contenidas taxativamente en la ley. El artículo 159 expresa claramente que sólo se pondrá término legítimamente a la relación laboral en los siguientes casos:

- 1) Mutuo acuerdo de las partes
- 2) Renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos.
- 3) Muerte del trabajador.
- 4) Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

5) Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

6) Caso fortuito o fuerza mayor.

A su vez el artículo 160 agrega que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1) Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Conductas de acoso sexual;

c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

2) Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

- 3) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
- 4) Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
  - a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
  - b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.
- 5) Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.
- 6) El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Finalmente el artículo 161, también estatuye como causal para hacer cesar la relación laboral las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.

De la sola lectura de los artículos antes transcritos, queda claro que no es posible subsumir la condición de seropositivo en ninguna de las situaciones que nuestra ley acepta como motivo para poner cese a una relación laboral, y por tanto, utilizar dicho argumento como causal, redundaría en un caso de despido injustificado que nuestra ley sanciona.

No obstante lo dicho, la situación no es tan sencilla como pareciera, y en vista de dilucidar un posible caso problemático es menester nuevamente distinguir entre aquellos trabajadores seropositivos asintomáticos y aquellos que ya han desarrollado el SIDA.

En el primer caso, y como hemos venido diciendo hasta ahora, estos deben ser tratados como cualquier trabajador sano, y por tanto la normativa del Código se hace plenamente aplicable a su respecto.

¿Pero que sucede con los trabajadores que tienen un estado avanzado del SIDA?

Hemos dicho que a estos trabajadores se les debe tratar como a cualquier otro trabajador enfermo, y que en caso de que sus condiciones de salud así lo ameriten, podrán ser declarados en estado de invalidez total o parcial, y es deber del empleador mantenerlos en su puesto de trabajo a objeto de que sigan desempeñándolo en tanto ello no les cause un perjuicio físico o ponga en peligro su salud, tal y como ha declarado la Dirección del Trabajo<sup>112</sup>, y como se desprende de lo establecido por el artículo 161bis del Código, que dispone que: «La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168.» Empero, como ese mismo organismo ha resuelto, en aquellas situaciones en que no sea posible que el trabajador siga desempeñando las mismas funciones para las que fue contratado, y que el empleador no disponga de otro puesto adecuado para él en el que pueda seguir laborando sin peligro o detrimento para su persona, quedará a su juicio determinar si ello constituye o no una causal para proceder a despedirlo, cuestión que en definitiva deberá ser evaluada por el juez del ramo dada la situación de que el trabajador decida reclamar del despido.

---

<sup>112</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 3458/178, de 21 de octubre de 2002; y ORD. N° 374/30, de 26 de enero de 2000.

Sobre este punto, es importante destacar que luego de la reforma hecha al artículo 161 por la ley, que suprimió dentro de los fundamentos de la causal «necesidades de la empresa» la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador, si se quiere despedir a una persona basándose en sus condiciones de salud, será necesario intentar subsumir la situación en alguna de las otras causales que contempla la ley.

En la práctica, los empleadores cuando se han encontrado frente a casos en que uno de sus trabajadores ha perdido total o parcialmente la capacidad para desempeñar sus funciones, han esgrimido como causal de despido la del artículo 159, n° 6, esto es: «caso fortuito o fuerza mayor». Ante esto, los tribunales han seguido un criterio no del todo uniforme, en cuanto a señalar que esta causal puede ser invocada, pero su procedencia dependerá del grado de invalidez que tenga el trabajador, aunque esta opinión se sostuvo antes de entrada en vigencia la reforma de la ley 19.759.

Así por ejemplo se desprende de un fallo emitido por el Tribunal de Letras de Coronel, el 2 de julio de 1999, confirmado posteriormente por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en que ante un caso de despido por invalidez transitoria, donde el trabajador había perdido un 53% de su capacidad laboral, se sostuvo que ello no era suficiente para declarar la caducidad del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, puesto que para que ello fuera procedente es menester que el trabajador haya perdido al menos 2/3 de su

capacidad laboral. En lo pertinente el fallo reza del siguiente modo: «Que las enfermedades en el grado de incapacidad que provocan, está por debajo a los 2/3, esto es, el 66,66% de disminución de capacidad laboral y al respecto la jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores, sostienen reiteradamente que para verificarse la causal de despido por caso fortuito o fuerza mayor, la incapacidad debe ser superior a los 2/3 y cabe hacer presente que reclamado el despido por el trabajador, el peso de la prueba respecto la legitimidad y procedencia del mismo, y el que la incapacidad del actor, de un 53%, le impedía cumplir las funciones o labores a que se obligaba como contra maestre de una embarcación pesquera correspondía a la demandada. Es más, la empleadora pudo asignar a su trabajador dentro de las diversas funciones existentes en una embarcación pesquera alguna que él como contra maestre, podía desempeñar sin menoscabar la seguridad o producción de la empresa, evitando aplicar una causal de despido sin sustento legal. »<sup>113</sup>

Con posterioridad a que se dictara la Ley 19.759, la Corte ha considerado que atendiendo al texto de la reforma legal, no es adecuado subsumir la falta de capacidad del trabajador dentro de la causal del artículo 159, n° 6, en tanto en cuanto según lo actualmente establecido por el artículo

---

<sup>113</sup> Juzgado de Letras de Coronel, Sentencia de 2 de julio de 1999, causa Rol: 290-99; confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 20 de septiembre de 1999, Rol N° 307-99; y por la Corte Suprema, conociendo un recurso de casación, en sentencia de 14 de noviembre de 2000, Rol N° 3.922-99

161 bis del Código, y atendiendo al tenor de la historia de la ley, tal reforma obedeció, precisamente, a la supresión de la falta de adecuación laboral del trabajador como causal de caducidad del contrato, causal en la que, jurisprudencialmente, se había entendido comprendida la invalidez del trabajador. Por tanto, la situación de incapacidad del trabajador, aún cuando sea total, no implica necesariamente la caducidad del contrato de trabajo, debiendo el empleador mantener al trabajador en su empleo.

En lo sustantivo, la Corte ha seguido el siguiente razonamiento para llegar a esta conclusión:

«Quinto: Que, en primer lugar, ha de asentarse que el contrato de trabajo, estimado doctrinariamente como de tracto sucesivo, importa el cumplimiento de obligaciones por parte del trabajador y del empleador, no sólo al momento de la generación del convenio, sino durante toda la vigencia de la vinculación. En efecto, el dependiente tiene el deber principal de prestar el servicio acordado y el empleador está obligado, fundamentalmente, a pagar la remuneración estipulada. Por ende, el incumplimiento de estas obligaciones esenciales debería conducir, necesariamente, a la terminación de la relación laboral.

»Sexto: Que, no obstante lo razonado, existen una serie de situaciones que, producidas –tratándose del contrato de trabajo y no siendo imputables a las partes– las liberan del cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que

ello produzca como consecuencia la terminación del vínculo. En tal evento se está en presencia de lo que, en doctrina, se denomina suspensión de la relación laboral. Ella ha sido definida como la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o pagar la remuneración, en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato de trabajo, subsistiendo el vínculo contractual (Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV, William Thayer O., Patricio Novoa F., Edit. Jurídica de Chile).

»Séptimo: Que, siguiendo a los autores citados, es dable encontrar el fundamento de la suspensión examinada en la Teoría del Riesgo de Empresa. Es decir, el empresario, al crear una organización de medios personales, materiales e inmateriales, para el logro de fines de distinta índole, crea también la contingencia y puede ser responsable de ella, aun cuando no medie culpa de su parte. Dicha responsabilidad asume diversas formas, según sea el contenido de la obligación que se mantiene vigente, por ejemplo, pago íntegro de la remuneración, aporte previsional, reserva del empleo, etc. Así, también, la suspensión de la relación de trabajo puede ser convencional o legal, total o parcial, absoluta o relativa, individual o colectiva, previsible o imprevisible, regular e irregular, atendiendo a su fuente, al contratante afectado, a que obedezca a normas preestablecidas, al número de obligaciones que abarca, al conocimiento de su ocurrencia, etc.

»Octavo: Que, en la especie, estamos en presencia de una suspensión de la relación laboral de naturaleza legal, absoluta, parcial, individual, irregular e imprevisible y que irroga responsabilidad social, desde que la entidad previsional respectiva deberá otorgar la correspondiente pensión de invalidez total. Sin embargo, pesa sobre el empleador la obligación de mantener el empleo al dependiente, por cuanto el estado de debilitamiento de sus fuerzas, en el caso, intelectuales, es transitorio, según ha quedado fijado como hecho en la sentencia de que se trata.

»Noveno: Que, en tales circunstancias, se impone como aserto la falta de concurrencia de la causal de caducidad del contrato de trabajo esgrimida por el demandado en estos autos, por cuanto durante el tiempo en que el trabajador se encuentre en calidad de inválido total temporal, le asiste el derecho y el empleador tiene la obligación de mantenerle su empleo.»<sup>114</sup>

Así entonces, creemos necesario concluir que si bien antes de entrada en vigor la reforma del la ley 19.759, era lícito pretender hacer cesar la relación laboral de un trabajador que había perdido parcial o totalmente su capacidad laboral, amparándose en la antigua redacción del artículo 161, es decir, invocando como casual las necesidades de la empresa, o en el artículo 159 n° 6 (caso fortuito o fuerza mayor), luego de la reforma la Corte ha sido clara al

---

<sup>114</sup> Corte Suprema, Sentencia de 30 de abril de 2002, Recurso de Casación en el Fondo, Rol N° 4.752-01.

determinar que ello no es procedente, puesto que el artículo 161 bis expresamente dispone que la invalidez del trabajador no es fundamento suficiente para terminar el contrato de trabajo, siendo deber entonces para el empleador mantenerlo en él, o designarle otro adecuado a su condición. De este modo, si el empleador insiste en cesar la relación laboral, estará incurriendo en una situación de despido injustificado, haciéndose en este caso acreedor de todas las sanciones que contempla la ley.

## **CAPÍTULO III: VIH/SIDA Y PROCEDIMIENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES**

### **1. EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 19.779**

La ley 19.779, sobre Prevención del Virus de Inmunodeficiencia Humana, establece una serie de sanciones para el caso de que se trasgreda lo establecido en su articulado.

En primer lugar, el artículo 8° dispone que en aquellos casos en que se vulnere el derecho a confidencialidad y voluntariedad de los exámenes del SIDA, que consagra el artículo 5° de la ley, el culpable será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 3 a 10 UTM. Esto sin perjuicio de la obligación de responder de los daños patrimoniales y morales que haya sufrido el afectado, los que el juez habrá de apreciar prudencialmente. Además, en caso de que la infracción fuere cometida por 2 o más personas, ellas podrán ser obligadas a responder solidariamente tanto de la multa como de la indemnización.

Por su parte, si la trasgresión es a los derechos laborales que consagra el artículo 7°, igualmente la sanción será una multa a beneficio fiscal, aunque en

este caso el monto sube considerablemente, ubicándose entre 10 y 50 UTM, y ello sin perjuicio de la responsabilidad por los daños causados.

En caso de reincidencia, los montos mínimos y máximos establecidos en ambas situaciones serán duplicados.

Según dispone el artículo 12 de la ley, el tribunal competente para conocer de la respectiva acción, será el de Policía Local correspondiente al domicilio del afectado, y ello sin perjuicio de la competencia que corresponda a los juzgados del trabajo y al tribunal aduanero o criminal respectivo. Además, pensamos que en el caso de la acción que tenga por objetivo resarcir al afectado de los perjuicios, materiales o morales, sufridos, ella deberá ser deducida ante los tribunales ordinarios.

## **2. OTRAS ACCIONES QUE PUEDE INTERPONER EL AFECTADO POR VIH/SIDA**

Además de la acción propia que consagra la ley 19.779, los trabajadores con VIH/SIDA que sientan vulnerados sus derechos laborales, podrán hacer uso de los mecanismos generales de protección que contempla la legislación común, y particularmente de aquellos destinados a resarcirlos de los perjuicios irrogados a su persona.

## 2.1. La sede administrativa

El Código es claro al determinar que es a la Dirección del Trabajo a quien compete la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación, aunque ello sin perjuicio de las facultades otorgadas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen<sup>115</sup>. Además agrega que las infracciones a su texto y a sus leyes complementarias, que no tengan asignada una sanción especial, serán sancionadas con una multa que puede ir de 1 a 20 UTM, según la gravedad de la infracción.<sup>116</sup>

En virtud de lo anterior, resulta pertinente recurrir a dicho organismo en todos aquellos casos en que las personas consideren que han sido vulnerados sus derechos laborales y las normas antidiscriminación, incluso cuando ello ocurra en la fase pre-contractual.<sup>117</sup> Empero en este caso, al igual que ocurre con el procedimiento que contempla la ley 19.779, lo que se buscará básicamente es obtener una sanción para la empresa, y no una indemnización de los perjuicios sufridos por el afectado.

En esta sede, el trabajador puede hacer uso particularmente de los siguientes mecanismos:

---

<sup>115</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 476

<sup>116</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 477

<sup>117</sup> DIEZ FERRE, Paulina, «*El Principio de No Discriminación en la Fase Preparatoria del Contrato de Trabajo*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, p. 116

- 1) **La Constancia.** Consiste en un registro escrito que se toma a los trabajadores que consideran afectados sus derechos por incumplimiento de la normativa laboral. A través de esta sólo se da cuenta al organismo administrativo de la ocurrencia de un hecho, sin que por ello se den por establecidos los mismos. Para que la constancia adquiera efectos legales deberá posteriormente hacerse acompañar de una denuncia.
  
- 2) **La Denuncia.** De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, cualquier persona puede denunciar ante los Inspectores del Trabajo y demás autoridades competentes, las infracciones a la normativa laboral de que tenga conocimiento, pudiendo incluso solicitar que ella tenga el carácter de «confidencial».<sup>118</sup> En este caso, la comunicación de la infracción de los hechos puede ser realizada tanto por el afectado como por el dirigente sindical respectivo, y ante ella le cabe al organismo administrativo la obligación de constituirse en la empresa a objeto de realizar una visita de inspección a fin de recabar los antecedentes pertinentes para comprobar la realidad de los hechos denunciados. En caso de comprobarse las irregularidades, el empleador se hará acreedor a la sanción

---

<sup>118</sup> LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DFL N° 2, de 1967, artículo 42.

establecida por el artículo 477 del Código. Además, ella resulta importante, en tanto en cuanto al tener los Inspectores del Trabajo el carácter de ministros de fe, aquello que ellos comprueben en el curso de su investigación habrá de adquirir presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial, tal y como lo señala el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.

- 3) **La Conciliación.** Según lo dispone el artículo 29 de la LO de la Dirección del Trabajo, a este organismo le compete la facultad de poder citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones, o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos.<sup>119</sup> Esta facultad tiene por objetivo evitar una excesiva judicialización de los casos, precaviendo que ellos lleguen a tribunales, mediante la búsqueda de acuerdos directos entre las partes ante los posibles conflictos que hayan surgido entre ellas. Particularmente importante a este respecto

---

<sup>119</sup> LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DFL N° 2, de 1967, artículo 29

será la citación a conciliación que se produce en aquellos casos en que el trabajador reclame ante la respectiva Inspección por el hecho de haber sido desafectado injustificadamente de sus funciones, toda vez que ella tiene importantes efectos, como suspender el plazo para interponer la acción por despido injustificado<sup>120</sup>, y el plazo de prescripción para declarar nulo el despido<sup>121</sup>.

La Dirección del Trabajo ha manifestado explícitamente su intención de realizar acciones, en el marco de su competencia, destinadas a la promoción y fiscalización efectiva del cumplimiento de las normas antidiscriminación. Esto ha quedado expresado en un Convenio suscrito el 2005 con la organización Vivo Positivo, en el cual dicha organización se comprometió a tomar las siguientes medidas:

Establecer en su sitio Web un espacio específico destinado a la lucha contra la discriminación laboral de las personas que viven con VIH/SIDA, en el cual habrán de publicarse textos legales, y habrá vínculos hacia dictámenes, estudios y noticias pertinentes.

---

<sup>120</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 168.

<sup>121</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 480.

Establecer en su Intranet un espacio en el que se reúna para los funcionarios de la Dirección la misma información de la página Web, pero además se agregue síntesis de estudios o presentaciones tanto del Servicio como aportados por Vivo Positivo, además de instrucciones, procedimientos internos, etc., y en general todo aquel material que, a juicio del Departamento de Inspección, contribuya a la formación de los fiscalizadores y a la toma de conciencia de los funcionarios respecto a la discriminación que sufren las personas que viven con VIH/SIDA.

Elaborar, conjuntamente con Vivo Positivo, un manual o texto de capacitación para funcionarios del trabajo respecto a las formas que asume la discriminación laboral de las personas que viven con VIH/SIDA, las posibilidades de detectar dicha discriminación en las actuaciones de oficio del Servicio y el método de tratamiento de las discriminaciones detectadas. Durante la difusión de dicho manual y en las capacitaciones presenciales que de él se realicen, habrá de incentivarse la participación de miembros de Vivo Positivo que hayan sufrido personalmente esta discriminación o que se encuentren en condiciones de informar respecto de ella.

Programar un estudio propio, realizado por el Departamento de Estudios del Servicio, acerca de la discriminación laboral de las personas que viven con VIH/SIDA, para el cual se solicitará a Vivo Positivo el contacto con una amplia

variedad de trabajadores que hayan sufrido personalmente o conocido de cerca esta discriminación.

Finalmente, se instruirá a las Direcciones Regionales para que establezcan formas regulares de contacto entre las Inspecciones del Trabajo y los referentes regionales de Vivo Positivo, de manera de canalizar denuncias e informaciones, y establecer formas concretas de trabajo conjunto en promoción y capacitación.<sup>122</sup>

## **2.2. La sede laboral**

Cuando se envió al Parlamento el proyecto que posteriormente habría de transformarse en la ley 19.759, éste contemplaba en su artículo 4° la introducción de un mecanismo judicial, mediante el cual quien fuere afectado por un acto de discriminación, podría recurrir a los tribunales del trabajo a través de un juicio ordinario laboral, a objeto de demandar las indemnizaciones a que tuviera derecho con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluido el daño moral. Esta disposición no obstante fue objeto de numerosas críticas, por parte de un sector que consideraba que ella introducía un grado inaceptable de incertidumbre a la relación laboral, dado lo amplio de los

---

<sup>122</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, «*Convenio entre Vivo Positivo y la Dirección del Trabajo con el Objetivo de Colaborar en la Superación de la Discriminación Laboral con Respecto a las Personas que Viven con VIH/SIDA*» Santiago, Chile, 2005. Texto disponible en la página web de la Dirección del Trabajo, [www.dt.gob.cl/](http://www.dt.gob.cl/), visitado el 1° de diciembre de 2006.

términos en que se encontraba redactada y al hecho de que incluir la posibilidad de indemnizar el daño moral podía tener efectos insospechados para el sector empresarial, motivo por el cual finalmente no fue incluida en la ley.<sup>123</sup>

Así entonces, al no contar la ley con un procedimiento específico y adecuado para perseguir no sólo las responsabilidades, sino los resarcimientos para el afectado por la vulneración de sus derechos, hizo perder a la nueva normativa antidiscriminación gran parte de la fuerza original con que se la había concebido, toda vez que para hacer efectivas sus disposiciones era menester recurrir a los mecanismos tradicionales que estipulaba el Código, lo cual no resultaba del todo adecuado y efectivo.<sup>124</sup>

Esta situación debería cambiar en gran medida una vez entre en vigencia la nueva ley 20.087, en marzo de 2007, toda vez que ella modifica ostensiblemente el régimen existente en la actualidad e introduce un nuevo procedimiento de tutela laboral, aplicable respecto de todas las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo

---

<sup>123</sup> DIEZ FERRE, Paulina, «*El Principio de No Discriminación en la Fase Preparatoria del Contrato de Trabajo*», cit., p. 109.

<sup>124</sup> ARAYA ROJAS, Marcelo, «*Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pp. 81-82; DIEZ FERRE, Paulina, «*El Principio de No Discriminación en la Fase Preparatoria del Contrato de Trabajo*», p. 110.

19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Asimismo, dicho procedimiento también será adecuado para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º del Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Además de ser más expedito y gozar de preferencia frente al resto de causas que se tramiten ante el tribunal, este nuevo procedimiento importa la fijación de una serie de indemnizaciones con que se verá beneficiado el trabajador afectado en caso de que sea acogida la denuncia, dentro de las cuales incluso se contempla una especie de indemnización por «daño moral», según se desprende de lo dicho por el que será el nuevo artículo 489 del Código, que señala en su inciso 3º: «En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis

meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual»<sup>125</sup>. La disposición además agrega que en aquellos casos en que el juez de la causa declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° del Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.<sup>126</sup>

Otro aspecto interesante que contempla la nueva normativa, es el hecho de que este procedimiento de tutela pueda a su vez iniciarse no sólo a instancia del afectado o del dirigente sindical, en los casos en que ello proceda, sino que también podrá hacerse mediante denuncia del Inspector del Trabajo respectivo, que haya tomado conocimiento de los hechos, pudiendo la Inspección del Trabajo hacerse parte en las causas que se hayan iniciado de este modo.<sup>127</sup>

Ahora bien, en el intertanto en que la nueva legislación entra en funcionamiento, el trabajador afectado por VIH/SIDA que vea vulnerados sus derechos, tendrá en sede laboral básicamente los instrumentos que la ley actual le otorga en materia de reclamo por despido injustificado.

Sobre este particular, lo primero que es necesario señalar es que, en todo caso en que se invoque de alguna manera la condición de seropositividad

---

<sup>125</sup> LEY N° 20.087, artículo 489, inciso 3°

<sup>126</sup> LEY N° 20.087, artículo 489, inciso 4°

<sup>127</sup> LEY N° 20.087, artículo 486.

de una persona como causa del despido, este habrá de ser ilegítimo, acarreando por tanto todas las sanciones que contempla la ley.

Cuestión distinta serán los casos en que el empleador intente hacer uso de algunas de las causales legales de despido. En este caso, será muy difícil comprobar que ello se hace teniendo como causa remota la seropositividad del trabajador. Particularmente compleja será la situación en que, frente a un trabajador que ha desarrollado el SIDA, el empleador intente deshacerse de él debido a las complicaciones de salud que este pudiere tener. Como vimos en el capítulo anterior, ante esta situación la práctica en general ha sido intentar invocar la causal de caso fortuito o fuerza mayor como fundamento aparente del despido, y aunque la jurisprudencia anteriormente había aceptado su uso, haciendo depender el resultado del nivel de incapacidad que tuviera la persona, luego de la entrada en vigor la ley 19.759, la interpretación ha sido del todo contraria, en tanto se entiende que la invalidez de una persona no puede ser utilizada como fundamento para interrumpir legítimamente la relación laboral. Aunque pese a ello, igual puede intentarse este camino, ya que habrá de depender mucho del criterio que tengan los jueces que conocen de la causa.

Finalmente, una situación también problemática es la que se produce con ocasión del llamado despido indirecto.

En efecto, un empleador que no puede despedir a un trabajador invocando alguna de las causales legales, puede actuar de manera de

hostigarlo al punto que sea el mismo trabajador quien decida abandonar su puesto. Particularmente graves serán las situaciones del llamado «mobbing» o acoso psicológico, en tanto ellas pueden importar un acoso constante al empleado en su lugar de trabajo que le haga insoportable permanecer en él. Aunque en nuestra legislación el «mobbing» carece de sanción expresa, ante un despido que responda a hechos de esta naturaleza, el afectado no se verá del todo desprotegido, en cuanto según lo dispone el artículo 171: «Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; mientras que en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.»<sup>128</sup>

En este contexto, cuando el empleador ha incurrido en algunas de las conductas contempladas por los número 1, 5 o 7 del artículo 160, podrá entonces recurrir el trabajador a los tribunales, y de aceptarse su pretensión el juez podrá, al declarar extinto el contrato de trabajo, otorgar como sanción

---

<sup>128</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 171

todas las indemnizaciones que contempla la ley, con un recargo de hasta un 80%.

En virtud de lo anterior, si un trabajador afectado por VIH/SIDA, ve vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, podrá entonces invocar el artículo 171, debiendo para ello hacer caer la situación que lo ha orillado al abandono de su trabajo en alguno de los supuestos que contempla dicha disposición. Así por ejemplo, si el motivo del trabajador para dejar su trabajo se ha debido a injurias proferidas en su contra por el empleador, atendidas a su condición de portador del virus, podrá entonces invocar la causal del artículo 160 n° 1, para fundamentar su acción por despido indirecto.

Asimismo, en caso de que el empleador incumpla los deberes relativos a la preservación de la seguridad o la salud de sus trabajadores, habrá entonces de invocarse el artículo 160 n° 5.

Finalmente, si lo atacado es la honra del trabajador, este podrá invocar la causal del 160 n° 7, toda vez que podrá entenderse que existe un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del empleador, en el entendido que entre ellas no sólo deben entenderse aquellas que se

encuentran específicamente escritas, sino también aquellas de carácter ético-jurídico que se entienden naturalmente incorporadas a él.<sup>129</sup>

### **2.3. La acción civil**

Tal y como ha quedado establecido en la ley 19.779, las sanciones por ella establecida, que tienen por objeto principal castigar al empleador que incurra en comportamientos discriminatorios con los afectados por VIH/SIDA, sea evitando su contratación por esta causa, o impidiendo su promoción, o continuación de la relación laboral, son sin perjuicio de otras acciones que le faculte la ley al individuo a fin de buscar el resarcimiento de los perjuicios que le hayan sido causados por este actuar discriminatorio del empleador.

Dado que la ley laboral actual no contempla una acción general de indemnización de perjuicios, y sus normas sobre resarcimiento van enfocadas más bien a indemnizar los perjuicios objetivos al trabajador que ha sido cesado ilegítimamente en sus funciones, en general, toda otra pretensión del afectado habrá de perseguirse mediante el proceso civil ordinario de indemnización de perjuicios, sean estos materiales o morales.

---

<sup>129</sup> ARAYA ROJAS, Marcelo, «*Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*», cit., p. 104.

Según expone el profesor Claudio PALAVECINO, la reparación del daño moral se apoya directamente en la Constitución, la cual en primer lugar reconoce la dignidad de la persona humana, para a continuación asegurar a toda persona el derecho a la «integridad síquica», tal y como se deriva del artículo 19 n° 1, y el respeto y protección a la honra de la persona, como lo establece el artículo 19 n° 4, dando en definitiva a sus titulares «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella autoriza no podrán afectar los derechos en sus esencia», esto en virtud del artículo 19 n° 26 de la Carta Fundamental. De este modo, tales derechos constitucionales están dotados, por tanto, «de una efectividad inmediata, de fuerza vinculante directa y de instrumentos jurídicos que permiten reclamarlos y tutelarlos cuando son vulnerados».<sup>130</sup>

Así entonces, de acuerdo a lo antedicho, la reparación moral pretendida por el afectado de una acción antijurídica, únicamente podrá ser impetrada en sede civil cuando aquel involucre responsabilidad extracontractual. De no ser así, todo hecho en que se pueda reconocer una relación de causalidad entre el dolo o culpa, y el daño, que se produzca durante la vigencia del contrato de

---

<sup>130</sup> PALAVECINO, Claudio, «El Daño Moral por Despido», Revista Laboral Chilena, Septiembre-Octubre, 2000, p. 71.

trabajo, deberá necesariamente ser ventilada en sede laboral.<sup>131</sup> En este sentido, creemos que el trabajador afectado por un acto discriminatorio del cual se sigue un perjuicio moral comprobable a su respecto, de naturaleza extracontractual, tendrá siempre la opción de recurrir en sede civil para buscar el resarcimiento, tanto si ello ocurre en la fase pre-contractual como mientras tenga vigencia el contrato de trabajo. Por su parte, tratándose de daño moral producido con ocasión del término de la relación laboral, lo adecuado en este caso sería deducir la acción en sede laboral, ya que ella tendrá como base el agravio o agravios producidos con motivo del término de la relación, en la medida de que excedan los perjuicios comunes soportados por el trabajador despedido injustificadamente.<sup>132</sup>

## **2.4. La sede constitucional**

A fin de cautelar el respeto a los derechos por ella consagrados, nuestra Constitución cuenta en su artículo 20 con un importante recurso conocido como «acción de protección». Según lo expresa el profesor Cristián MATORANA, esta es «la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los

---

<sup>131</sup> ARAYA ROJAS, Marcelo, «*Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*», cit., p. 93.

<sup>132</sup> ARAYA ROJAS, Marcelo, «*Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*», cit., p. 96.

tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes»<sup>133</sup>.

Ahora bien, no obstante la importancia que en nuestro medio tiene la referida acción, hay que hacer notar que ella no procede para cautelar cualquiera de los derechos que garantiza la Constitución, sino únicamente aquellos que el mismo artículo 20 establece, a saber: los del artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º.<sup>134</sup>

Como podemos observar, la norma dispone expresamente que en lo referido a los derechos laborales, la acción del artículo 20 se limita a cautelar la vulneración de aquellos relacionados con la libertad de trabajo y el derecho a su

---

<sup>133</sup> MATORANA MIQUEL, Cristián, «*Los Recursos*», Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 206.

<sup>134</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, artículo 20 inc. 1º.

libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso 4º del artículo 19 nº 16, por tanto se encuentra excluido para ser usado en la protección frente a aquellas trasgresiones referidas a actos discriminatorios. No obstante, creemos que esta acción también podrá ser utilizada en esos casos, haciendo uso del derecho de protección general que se encuentra regulado en el artículo 19 nº 2, que consagra la «igualdad de trato». Además, en muchas ocasiones los actos discriminatorios también vulneran otros derechos, como el derecho a la intimidad, a la integridad física y síquica, la honra, etc., y en todos ellos será legítimo hacer uso de la acción de protección para perseguir su resguardo.

## CONCLUSIONES

Como ha reconocido ampliamente la comunidad internacional, incluida Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), la pandemia del SIDA se ha convertido cada vez más en un problema alarmante, no sólo por la cantidad de muertes que produce a diario, sino también por el fuerte impacto que tiene en la población, tanto en familiares y cercanos a quienes la padecen, como en el conjunto de la sociedad.

Lamentablemente, pese a lo extendido del mal y a las continuas campañas que se impulsan de concientización, aún sobre él rondan muchos mitos, que hacen difícil no sólo su freno, sino también evitar que aquellos que la padecen sean objeto de actitudes discriminatorias, que aumentan considerablemente el daño que estas personas ya padecen producto de su situación.

Los estudios indican que aún un grueso de la población cree que el SIDA se encuentra necesariamente asociado a la condición de homosexualidad o promiscuidad sexual, lo cual dista mucho de la realidad. En la actualidad puede

afirmarse que progresivamente el virus ha ido incursionando en las más distintas capas sociales, por lo que ahora nadie puede pensar que con sólo llevar una vida sexual «normal» se encuentra del todo protegido de contraer la enfermedad. Agrava la situación el hecho de que aún exista mucho desconocimiento e ignorancia, particularmente en la forma de contraerla y en los métodos adecuados de protección. Tampoco ayuda que ciertos sectores pretendan permanentemente imponer sus orientaciones ideológicas, y eviten que las campañas tengan un lenguaje abierto, que explique sin eufemismos no sólo los riesgos, sino también las vías reales de transmisión y la forma de evitarlas, haciéndose cargo de lo que la realidad es, y no de cómo idealmente quisiéramos que fuere.

La ignorancia, y el aura de «tema tabú» que rodea al SIDA, trae como consecuencia que las personas que sufren el mal sean miradas muchas veces con desconfianza, al punto de evitar cualquier contacto con ellas por temor al contagio. Podría decirse que los *seropositivos*, se han transformado en algo así como los «leprosos» del nuevo milenio, y la historia nos enseña que este tipo de actitudes, lo único que logra en definitiva es violentar a los afectados, negándoles sus derechos y sometiénolos a una permanente exclusión, lo que va en contra de los principios que garantizan no sólo muchos de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, sino también las

disposiciones de los ordenamientos jurídicos internos, como en nuestro caso hace la Constitución.

Esta situación tiene un fuerte impacto en el mundo laboral, ya que como bien ha indicado la OIT y otras instancias internacionales, un número importantísimo de los afectados se ubican dentro del rango etario en condición de desarrollar un trabajo remunerado, razón por la que se hace fundamental contar con una legislación laboral adecuada, que sea capaz de garantizar sus derechos y evitar la discriminación. Esto adquiere aún más preeminencia si se considera que además muchos de los infectados son jefes de familia, y por tanto el único sustento de su hogar, por lo que resguardar sus derechos, también se transforma en un hecho relevante que habrá de afectar también a su entorno, y particularmente a quienes dependen de ellos.

Nos parece muy adecuado el enfoque que a nivel internacional se le está intentando dar al tratamiento de la enfermedad. Nos parece interesante que ante todo se haga hincapié en el hecho de que quienes la padecen son seres humanos, y por tanto se debe garantizar que sean tratados como tales, respetando todos los derechos que esto implica.

Además, nos parece adecuado que se haga énfasis en impulsar programas globales en relación al SIDA y el mundo laboral, que entiendan el asunto no sólo como una cuestión de resguardar el derecho de las personas a desarrollar un trabajo digno (lo que ya de por sí es importante), sino que

también se mire al ambiente laboral como un lugar apropiado para llevar adelante campañas orientadas a educar sobre la enfermedad y desarrollar programas de prevención. Si se toma en cuenta que no sólo muchos de los infectados se encuentran en edad de trabajar, sino también que quienes corren el mayor riesgo, son asimismo las personas que tienen la edad para desempeñar un trabajo, entonces el ambiente laboral, junto a los centros educacionales, se transforman en el sitio pertinente para llevar adelante dichas campañas, a objeto de hacer frente a la extensión de la epidemia.

Quizá el mayor valor que le vemos justamente a la adopción de la ley 19.779, es que en ella, más allá del contenido mismo de las normas, o de su eficacia, queda en claro que existe al menos, en teoría, una voluntad política orientada a hacer frente al SIDA y la discriminación, lo cual puede ser considerado un primer paso adelante.

Ahora bien, en lo que se refiere a las normas laborales en sí, ellas pueden ser criticadas porque aparecen al menos como insuficientes. Respecto de la ley 19.779, en ella es importante el hecho de que se garantice en nuestro ordenamiento el derecho a no ser discriminado en el acceso al trabajo producto de la condición de seropositivos, y que ello tampoco deba importar a la hora de permanecer en él o ser promovido, sin embargo, las sanciones establecidas para el caso de incumplimiento a estas normas nos parecen insuficientes, toda vez que pensamos ellas no son capaces de cumplir en debida forma el efecto

disuasivo que se pretende alcanzar. Asimismo, echamos en falta que la ley estableciera un sistema expedito de hacer cumplir lo por ella dispuesto, y no sólo a la hora de obtener una sanción para la empresa infractora, sino también para que los afectados puedan recibir la justa compensación por las discriminaciones de que sean objeto.

Tanto en el ámbito constitucional como legal, pareciera que si bien existe la voluntad de consagrar ciertos derechos y garantías para los trabajadores, ello ya no resulta tan claro a la hora de fijar medios realmente eficaces para que quienes han sufrido la discriminación puedan perseguir judicialmente al autor, y obtener el merecido resarcimiento por los perjuicios que se le han causado, y no sólo por los materiales, sino también por los morales, toda vez que en la mayoría de los casos serán éstos los efectivamente relevantes para quien ha sufrido el acto discriminatorio.

Lo anterior, a nuestro juicio, queda patente del hecho que la Constitución excluya expresamente de los derechos factibles de ser protegidos mediante la *acción de protección*, aquellos referidos a evitar la discriminación en el trabajo. Igual ocurre en la actualidad con los derechos que consagra el artículo 2º del Código, los cuales, si bien como sucede con la ley 19.779, importan una especie de declaración política de buena voluntad en torno a evitar los actos discriminatorios, al no acompañarlos además de un mecanismo especial, rápido y expedito, tendiente a obtener las reparaciones pertinentes en los casos en

que dichas normas sean violadas, se convierten en algo así como «letra muerta», o al menos, no tienen toda la fuerza que es deseable.

Es de esperar que una vez que entre en función el nuevo proceso laboral, y particularmente el procedimiento sobre tutela de derechos, esta situación efectivamente cambie, y los trabajadores puedan contar con una herramienta realmente útil para salvaguardar sus derechos.

Empero, creemos que incluso más allá de los necesarios mecanismos legales que vayan orientados a brindar una real tutela a las garantías que la Constitución y la ley consagran, lo fundamental se encuentra, como dice la OIT, por el lado de hacer comprender, al punto que se transforme en una norma básica de comportamiento espontánea, que toda discriminación atenta en contra de las bases mismas de nuestra sociedad, y que por ello debe ser evitada, para que preferentemente nunca esas sanciones que contempla la ley deban ser aplicadas, sino que siempre prime, tanto en el entorno laboral como fuera de él, un clima de respeto y aceptación, que nos haga no solo ser sino también parecer más humanos. Y esto es algo que nos compete a todos, tanto a trabajadores como empresarios, como a quienes por otras vías tomamos contacto con el mundo del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

### —TEXTOS

1. ABOLLADO VIVANCO, Jorge & MARTÍNEZ ARÁNGUIZ, Carolina, “*Hacia un Estudio sobre el Principio de Igualdad y No Discriminación en el Empleo. El Caso Mapuche*”, Memoria de prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002
2. ARAYA ROJAS, Marcelo, “*Discriminación Ilegítima en el Derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional Post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*”, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006
3. BULNES ALDUNATE, Luz, “*La Igualdad ante la ley*”. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991
4. CARRASCO, Marina, «*Situación Socioeconómica y Laboral de las Personas Viviendo con VIH/SIDA*», en VIDAL, Francisco; DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], «*VIH/SIDA y*

*Mundo Laboral. Apuntes para el Debate*», Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo, Santiago, Chile, 2005

5. COMISIÓN DE ESTUDIO PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión N° 93, de 5 de diciembre de 1974
6. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, “*Proposiciones e Ideas Precisas*”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 8, 1981
7. COMISIÓN NACIONAL DEL SIDA, Boletín Epidemiológico Semestral, N° 15, Diciembre de 2003
8. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, «*INFORME DE LA COMISION MIXTA encargada de proponer la forma y modo de superar las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley sobre sistemas de prevención causados por el virus de la inmunodeficiencia adquirida*», BOLETIN N° 2.020-11, 30 de Octubre de 2001
9. COORDINADORA NACIONAL DE PERSONAS VIVIENDO CON EL VIH/SIDA, VIVO POSITIVO, «Diagnóstico de Condiciones Socioeconómicas, Educativas y Necesidades e Intereses de Capacitación Laboral de PVVIH», Santiago, 30 de abril de 2004

10. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2º del Artículo 5º de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, Nº 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003
11. CUVI RODRÍGUEZ, Manuela Soledad, «*El Derecho a la No Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos*», Memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2002
12. DIEZ FERRE, Paulina, «*El Principio de No Discriminación en la Fase Preparatoria del Contrato de Trabajo*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile
13. ERMIDA URIARTE, Oscar, «*Repercusiones del SIDA en el Derecho Laboral*», en *Revista Laboral Chilena*, Nº 10, Santiago, Chile, 1993
14. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, «*Los Derechos Constitucionales*», Tomo II, Segunda Edición, Santiago: Jurídica de Chile, 1999
15. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, «*Los Derechos Constitucionales*», Tomo III, Segunda Edición, Santiago: Jurídica de Chile, 1999

16. INFANTE, Antonio, «*Contexto Epidemiológico del VIH/SIDA en el Ambiente Laboral en Chile y el Mundo*», en VIDAL, Francisco, DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], «*VIH/SIDA y Mundo Laboral. Apuntes para el Debate*», Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo
17. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, «*Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*», Editorial Jurídica CONOSUR, Santiago, 1998
18. MATURANA MIQUEL, Cristián, «*Los Recursos*», Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile
19. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «*Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003
20. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «*Manual de Aplicación de las Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003

21. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «*Utilización del Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo y del Manual de Capacitación Respectivo. Directrices para los Empleadores*», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra
22. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, «*VIH/SIDA: Una Amenaza para el Trabajo Decente, la Productividad y el Desarrollo*», Ginebra, 8 de Julio de 2000
23. PALACIOS ZULOAGA, Patricia, «*La Evolución del Concepto de Discriminación en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas Referente al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre 1977 y 2002*», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2003.
24. PALAVECINO, Claudio, «*El Daño Moral por Despido*», Revista Laboral Chilena, Septiembre-Octubre, 2000
25. PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA), «*Informe sobre la Epidemia Mundial del Sida 2006*», Anexo N° 1, mayo de 2006
26. RÍOS RAMÍREZ, Catherine, «*La Discriminación por Razón de Sexo en las Ofertas de Trabajo*», Memoria de Prueba, Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2004

27. VARAS ALFONSO, Paulino, *“El Principio de Igualdad”*, Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile

28. VIDAL, Francisco, *«Los Mitos acerca del VIH/SIDA en el Mundo Laboral»*, en VIDAL, Francisco; DELIYANIS, Vasili, y PASCAL, Rodrigo [edit.], *«VIH/SIDA y Mundo Laboral. Apuntes para el Debate»*, Universidad ARCIS, FLACSO-Chile y VIVO Positivo, Santiago, Chile, 2005

29. VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina, y SANTANA, Paula, *«Discriminación por VIH/SIDA en Chile. Cambios y Continuidades: 2002-2005»*, FLACSO-Chile, Universidad ARCIS, VIVO POSITIVO, Santiago, Chile, 2005

30. VIDAL, Francisco; CARRASCO, Marina; FIEDLER, Sergio, y otros, *«Informe Investigación “VIH/SIDA y Mundo Laboral”. Un Análisis Estadístico, Descriptivo e Inferencial en 15 Empresas de Servicios de la Región Metropolitana»*, VIVO POSITIVO, Santiago, Chile, 2004

31. VIDAL, Francisco; ZORRILLA, Sergio; DONOSO, Carla, y otros, *«Situaciones de Discriminación que Afectan a las Personas*

*Viviendo con VIH/SIDA en Chile*», VIVO POSITIVO –  
Universidad de Santiago, Santiago, Chile, 2002

— **SITIOS WEB**

32. El Virus VIH y el SIDA, en «Entretecho, Conversaciones Bioéticas sobre Sexualidad»,  
<http://www.uchile.cl/bioetica/entre/docs/sida.htm>

33. El Virus del Sida, en «VIHSIDA en Chile»,  
[http://www.vihsida.cl/paginas/el\\_virus\\_del\\_sida.html](http://www.vihsida.cl/paginas/el_virus_del_sida.html)

34. STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (SIPRI),  
«Yearbook 2006, Armaments, Disarmament and International Security», disponible en el sitio web <http://www.sipri.org>

35. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, «*Convenio entre Vivo Positivo y la Dirección del Trabajo con el Objetivo de Colaborar en la Superación de la Discriminación Laboral con Respecto a las Personas que Viven con VIH/SIDA*» Santiago, Chile, 2005.  
Texto disponible en la página web de la Dirección del Trabajo, [www.dt.gob.cl/](http://www.dt.gob.cl/), visitado el 1º de diciembre de 2006.

36. COMISIÓN NACIONAL DEL SIDA, CONASIDA, <http://www.conasida.cl>

37.VIVO POSITIVO, Coordinadora Nacional de Agrupaciones y Organizaciones de Personas Viviendo con VIH/SIDA, <http://www.vivopositivo.cl>

38. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, <http://www.ilo.org>

**—JURISPRUDENCIA**

39. CORTE SUPREMA, Sentencia de 30 de abril de 2002, Recurso de Casación en el Fondo, Rol N° 4.752-01.

40. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 1658/82, de 8 de agosto de 2001.

41. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 3458/178, de 21 de octubre de 2002.

42. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 374/30, de 26 de enero de 2000.

43. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD. N° 374/30, de 26 de enero de 2000.

44. JUZGADO DE LETRAS DE CORONEL, Sentencia de 2 de julio de 1999, causa Rol: 290-99; confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN en sentencia de 20 de septiembre de 1999, Rol N° 307-99; y por la CORTE SUPREMA, conociendo un recurso de casación, en sentencia de 14 de noviembre de 2000, Rol N° 3.922-99

45. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional», Santiago, 8 de abril de 2002

—**TEXTOS NORMATIVOS**

46. LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DFL N° 2, de 1967

47. CÓDIGO DEL TRABAJO

48. LEY N° 20.087

49. Ley N° 19. 779

50. Ley N° 19.759

51. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

52. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Resolución 55/13, de 16 de noviembre de 2000.

53. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001

54. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA, de junio de 2001

55. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*», de 10 de diciembre de 1948

56. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*», de 16 de diciembre de 1966

57. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “*Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo*”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001
58. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 111, de 1958. Ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971
59. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)», de 22 de noviembre de 1969