

La Discriminación en las Ofertas de Empleo



PEDRO DEL CARPIO TORRES

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Discriminación en el Empleo:
 1. Discriminación Directa;
 2. Discriminación Indirecta.
- III. El Concepto de Discriminación Laboral en el Convenio No. 111 de la OIT:
 1. Un Acto;
 2. Un Motivo o Razón;
 3. Un Resultado.
- IV. La Discriminación en el Acceso al Empleo en la Legislación Laboral Peruana:
 1. Constitución Política del Perú;
 2. Ley 26772;
 3. Ley 27270;
 4. Ley 27050;
 5. Decreto Supremo No. 002-98-TR;
 6. Decreto Supremo No. 004-97-SA;
 7. Resolución Ministerial No. 376-2008-TR.
- V. A manera de Conclusión.



I. INTRODUCCIÓN

Los actos de discriminación laboral pueden presentarse antes, durante y al momento de extinguirse la relación laboral, adoptando las formas más diversas en perjuicio de la dignidad de las personas.

Corresponde al Derecho Laboral desarrollar medidas adecuadas para proscribir dichos actos buscando su eliminación progresiva. Lo señalado enfrenta un serio problema en su desarrollo ante la aparición de diversas posturas enfocadas hacia la "optimización de los servicios", para lo cual se propugna la inclusión en el mercado de laboral de personas que cuenten con determinadas "calificaciones" para acceder y desempeñar ciertas funciones y la exclusión de los considerados no aptos en virtud de prejuicios sociales.

Resulta necesario desarrollar en forma clara el contenido del derecho a la no discriminación, así como las medidas adecuadas para su protección, con la finalidad de eliminar gradualmente la fragmentación social en todos sus ámbitos, la cual compromete no solo a los miembros de la sociedad de manera individual, sino también a ésta en su conjunto.

II. LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Entendemos como discriminación en el empleo o discriminación laboral a los actos que tienen por finalidad dispensar un trato diferenciado a consecuencia de determinados criterios reconocidos históricamente como discriminatorios, como es el caso de la edad, sexo, religión, opción sexual, color de la piel, ideas políticas, entre otros. La discriminación genera como resultado la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Los actos de discriminación no toman en consideración las calificaciones de los trabajadores, sino que prescinden directamente de éstas, sustentándose en motivos y razones prohibidas.

Corresponde distinguir entre el Principio de No Discriminación en el Empleo y el Principio de Igualdad en su aspecto genérico o específicamente con los principios de igualdad en la ley, igualdad de aplicación en la ley e igualdad de trato, entre otros.

De acuerdo a Ballester Pastor¹ los Principios de Igualdad y de No Discriminación no son idénticos, puesto que el último posee un alcance más amplio. De igual forma, Rodríguez-Piñero y Fernández² señalan que el concepto de discriminación no constituye más un sinónimo de mera diferencia o distinción de trato, sino que califica en un doble sentido: en primer lugar, implica la utilización de un criterio de distinción, al discriminar al individuo en virtud a su pertenencia a determinado grupo social; y, en segundo lugar, implica una situación adversa o peyorativa para el grupo social o individuo discriminado, toda vez que se niega el principio de igualdad afectando su propia dignidad humana.

Respecto del Principio de No Discriminación en su perspectiva constitucional, Eguiguren Praeli señala que éste confiere "(...) a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y no ser objeto de forma alguna de discriminación"³. La definición señalada permite advertir que no existe identidad entre los principios de igualdad y discriminación, los cuales son distintos a pesar de encontrarse estrechamente relacionados.

El Principio de No Discriminación no constituye en forma alguna una simple manifestación del Principio de Igualdad, sino por el contrario un

1 BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 10.

2 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 92.

3 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: *Ius et Veritas*, No. 15, Asociación Civil Ius et Veritas, Lima, p. 63.

principio autónomo que posee una naturaleza particularmente distinta. No todo trato diferenciado será considerado necesariamente como uno discriminatorio. Asimismo, un trato discriminatorio genera consecuencias jurídicas distintas a las ocasionadas por uno diferenciado. En ese sentido, el derecho a no ser discriminado en el empleo posee una naturaleza jurídica autónoma en relación a otros de similar naturaleza, como es el caso de los derechos la igualdad y a la dignidad humana.

Lamentablemente, como consecuencia de la redacción defectuosa de los preceptos normativos contenidos en el numeral 2) del artículo 2 y el numeral 1) del artículo 26 de nuestra Constitución, los cuales, siguiendo la tradición española e italiana, regulan los derechos fundamentales a la igualdad y a no ser discriminado en el empleo de manera unitaria, existe una tendencia a desconocer la precitada naturaleza autónoma. La confusión conceptual existente genera la desnaturalización del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo, vaciándolo de su contenido esencial y otorgándole un sentido meramente igualatorio.

Habiendo precisado los alcances del Principio de No Discriminación, a continuación distinguimos entre dos tipos de discriminación: (i) la discriminación directa y (ii) la discriminación indirecta.

1. Discriminación Directa

Implica una discriminación fácilmente identificable puesto que se utiliza un motivo o razón prohibido en forma evidente como fundamento de la distinción, exclusión o preferencia realizada por el empleador.

En ese sentido, Neves Mujica señala que la discriminación directa "(...) consiste en un trato desigual carente de una causa objetiva razonable"⁴, que se sustenta en un motivo o razón prohibida de forma evidente, razón por la cual resulta fácilmente identificable. Asimismo, Rey Martínez afirma que la prohibición de discriminación directa respecto del género sexual proscribió "(...) toda norma o acto que dispense un trato diferente en función de la pertenencia a u no u otro sexo"⁵.

2. Discriminación Indirecta

La discriminación indirecta, también conocida como "impacto adverso", por el contrario, se refleja en un trato aparentemente igual que finalmente generará un impacto adverso mayor en perjuicio de un colectivo.

Neves Mujica señala que la discriminación indirecta ha sido "(...) concebida como el impacto adverso que producen medidas aparentemente neutras sobre un colectivo, en proporción mayor sobre los demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todas, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diversos"⁶.

Asimismo, Rey Martínez afirma que el concepto de discriminación indirecta implica la aplicación de "(...) aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por diversas condiciones fácticas que se dan (...), consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable (...)"⁷.

Balta Varillas precisa que este tipo de discriminación implica "(...) la utilización de criterios de selección legalmente válidos que, no obstante aplicarse por igual a todas las personas involucra-

4 NEVES MUJICA, Javier. *Igualdad y discriminación: conceptos y casos*. En: *Sobre género, derecho y discriminación*. Defensoría del Pueblo, Lima, 1999, p. 123.

5 REY MARTÍNEZ, Fernando. *El Principio de Igualdad y el Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. En: *La ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. No. 4984, La Ley, Madrid, p. 2.

6 NEVES MUJICA, Javier. *Op. Cit.*, p. 113.

7 REY MARTÍNEZ, Fernando. *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p. 64.

das, afectan adversamente a un grupo protegido mucho más que a otro y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio".⁸

Resulta mucho más difícil identificar a la discriminación indirecta por corresponder a actos discriminatorios sutiles que se encuentran revestidos de supuestos criterios de selección legalmente válido. A consecuencia de su aparente legalidad se trata de la medida discriminatoria más común en las relaciones laborales.

III. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL CONVENIO No. 111 DE LA OIT

El concepto de discriminación que resulta aplicable en nuestro ordenamiento jurídico es el establecido en el Convenio No. 111 de la OIT⁹ (en lo sucesivo, Convenio), el cual en su artículo 1 define a la discriminación de la siguiente manera:

***Artículo 1**

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

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organi-

zaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

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

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo".

La definición reseñada permite identificar tres elementos esenciales: un acto, un motivo o razón y un resultado. A continuación, desarrollaremos el contenido de los precitados elementos.

1. Un acto

Al referirse a los actos discriminatorios el Convenio precisa los términos "distinción", "exclusión" y "preferencia", lo que representa el reconocimiento de las diversas manifestaciones de dichos actos. En ese sentido, Morgado Valenzuela¹⁰ señala que la discriminación consiste tanto en la distinción, como en la exclusión y preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por finalidad anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Conforme al texto del artículo 1 del Convenio existe una diversidad de conductas que pueden ser consideradas como actos discriminatorios, puesto que la distinción entre dos personas

8 BALTA VARELLAS, José. *El Imperio Adverso*. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 34, Asociación Civil Thémis Revista de Derecho, Lima, 1995, p. 119.

9 El Convenio No. 111 fue aprobado el 24 de febrero de 1962, mediante la Resolución Legislativa No. 17687.

10 MORGADO VALENZUELA, Emilio. *Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación*. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Fid Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004, p. 530.

implicará necesariamente que se presenten situaciones de exclusión y preferencia, así como la exclusión generara distinción y preferencia, y viceversa. Como señala Balta Varillas, corresponde a "(...) una clara intención de proscribir un único tipo de conducta – impedir que se adopten decisiones vinculadas al empleo basadas en ciertos motivos – que una selección minuciosa y técnica de las palabras para referirse a situaciones distintas".¹¹ Así, el referido autor concluye respecto del concepto de discriminación que "(...) ninguna de las decisiones que adopte el empleador vinculada a la relación laboral del trabajador, incluso el inicio mismo de su relación laboral, puede estar basada en uno de los motivos legalmente prohibidos".¹²

2. Un motivo o razón

Nos encontramos ante el elemento esencial más importante que dota al derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo de su carácter autónomo en relación a otros de similar naturaleza, como es el caso del derecho a la igualdad. A efectos de acreditar la existencia de un acto de naturaleza discriminatoria debe demostrarse que éste se sustenta en un motivo o razón proscribida por el ordenamiento jurídico, y no en calificaciones válidamente exigibles para un puesto determinado.

Balta Varillas¹³ señala que resulta importante establecer cuando una decisión se basa en un motivo o razón legalmente prohibida, para lo cual, se distingue entre dos teorías aplicables.

Conforme a la primera teoría un motivo o razón prohibida ha originado un acto si fue un factor en la decisión del empleador, es decir, si lo causó "en parte". En tal sentido, nos encontramos ante una posición de carácter amplio, situación que puede generar confusiones innecesarias.

Por otro lado, de acuerdo a la segunda teoría, la cual suscribimos por ser la más acorde con el Convenio, un motivo o razón prohibida origina un acto si fue una causa "a no ser por", esto es, si fue una condición necesaria para adoptar una decisión.

Los motivos o razones que pueden ser considerados como prohibidos no son solo los señalados expresamente en el numeral 2) del artículo 2 de nuestra Constitución¹⁴, puesto que dichos motivos constituyen tan solo un listado enunciativo de aquellos reconocidos históricamente como perniciosos. En el mismo sentido, Neves Mujica, afirma que "(...) los motivos resaltados (por nuestra Constitución) no son los únicos prohibidos, sino sólo los más perniciosos; cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa, debería quedar comprendido".¹⁵ De igual forma, Arce Ortiz señala que el listado contenido en nuestro texto constitucional no es "(...) cerrado e invariable, sino, por el contrario, su carácter de "lista enunciativa" revela la intención del constituyente de no dejar fuera ninguna discriminación, sea ésta presente o futura".¹⁶

11 BALTA VARILLAS, José. *Que es la discriminación del empleo*. En: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV, Número 1, Lima, p. 92.

12 *Ibidem*, p. 93.

13 *Ibidem*, p. 94.

14 Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

15 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho laboral*. Segunda Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 109.

16 ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Segunda Edición, ARA Editores, Lima, 2006, p. 145.

3. Un resultado

De acuerdo a lo establecido en el Convenio, el acto discriminatorio, para ser considerado como tal, debe generar un resultado o efecto: la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. En ese sentido, el Convenio sólo señala a la alteración de la igualdad como resultado, sin que se haya previsto la existencia de un perjuicio de naturaleza económica para el trabajador.

Consideramos que incluso en aquellos supuestos que una distinción basada en un motivo o razón prohibida implique un trato desigual y, a su vez, genere beneficios económicos idénticos o superiores para el trabajador nos encontraremos ante una afectación al derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo, toda vez que se ha afectado gravemente la dignidad humana del trabajador.

En efecto, la presencia de una posición beneficiosa para el trabajador no enerva en forma alguna la afectación del referido derecho fundamental, toda vez que el mismo se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, la cual delimita en ciertas ocasiones su ámbito de protección y contenido esencial.

Al respecto, Gutiérrez Gutiérrez afirma que *"la referencia a la dignidad de la persona ha servido en particular para consolidar el principio de no discriminación (...) (el cual) representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (...)".*¹⁷

IV. LA DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

Nuestra legislación laboral contiene diversas disposiciones que proscriben los actos de discriminación durante el vínculo laboral y al momento de su extinción, calificándolos como acto de hostilidad y despido nulo, respectivamente. En el presente trabajo nos avocaremos sólo a las disposiciones referidas a la discriminación en el acceso al empleo.

1. Constitución Política del Perú

A través del numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 se ha previsto el derecho de toda persona a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Concordamos con Balta Varillas¹⁸ quien señala que la inclusión de la frase *"o de cualquier otra índole"* no constituye el carácter abierto del listado contenido. Si es el propio texto constitucional que prevé una cláusula abierta respecto de los motivos discriminatorios, el mismo debe ser interpretado en tal sentido sin que esto implique el calificar cualquier acto basado en una situación objetiva como discriminatorio, sino por el contrario considerar como motivos discriminatorios a aquellos prohibidos expresamente por nuestra legislación interna y los convenios internacionales suscritos, así como aquellos motivos que atenten contra la dignidad humana del trabajador discriminado.

Lo señalado no implica en forma alguna que deban establecerse de manera taxativa a los motivos prohibidos, tal como ocurre en el caso del inciso c) del artículo 29 del Texto Único Ordena-

17 GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 99.

18 BALTA VARILLAS, José. *Op. Cit.*, p. 343.

do de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, el cual sólo reconoce a la discriminación por razón de "sexo, raza, religión, opinión o idioma" como causal de nulidad del despido, lo que resulta contradictorio con lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución.

El devenir de los problemas sociales y la naturaleza progresiva del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo permitirá la inclusión creciente de motivos y razones prohibidas de acuerdo a los fenómenos sociales existentes. Lo señalado ha ocurrido, por citar un ejemplo, con el reconocimiento de la condición de portador supuesto o real del VIH o SIDA en el listado de motivos o razones prohibidas, lo que demuestra el reconocimiento del carácter progresivo del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo por parte del legislador y resulta acorde con el carácter enunciativo o incluyente del mandato constitucional.

Corresponderá a los legisladores y a la sociedad en general el debate sobre la inclusión de nuevos motivos o razones prohibidas de acuerdo a la aparición de conflictos como consecuencia de la segregación de determinados colectivos sociales.

2. Ley 26772

Mediante el artículo 1 de la Ley 26772, tal como fue modificado por la Ley 27270, se establece que las ofertas de empleo no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.

Si bien la redacción de la referida norma no es del todo acertada, al confundir los conceptos de discriminación e igualdad, nos encontramos ante una adecuada medida legislativa que proscribe expresamente la discriminación en el acceso al empleo, más aún si en el artículo 2 de la referida ley se establece de manera enunciativa los motivos prohibidos señalando como tales a la raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o motivos "de cualquier índole"

Ante la existencia de ofertas de empleo que impliquen un trato discriminatorio puede solicitarse la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien podrá imponer una sanción administrativa o disponer el cierre temporal del centro de trabajo por un plazo máximo de un año. En ese sentido, se prevé la posibilidad de sustituir la sanción de cierre temporal por el doble de la multa impuesta, si las consecuencias del lo justifican.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 26772 establece expresamente que la sanción administrativa no excluye el derecho de la persona que se considere afectada con las medidas discriminatorias de solicitar el pago de una indemnización, la cual deberá hacerse efectiva mediante un proceso judicial.

3. Ley 27270

La Ley 27270, Ley contra actos de discriminación, incorporó el delito de discriminación mediante el artículo 323 del Capítulo IV del Título XIV – A del Código Penal. El referido tipo legal no contemplaba originalmente determinados motivos discriminatorios proscritos en nuestra legislación vigente, limitándose a proscribir la discriminación "racial, étnica, religiosa o sexual". Dicha insuficiencia legislativa generaba que los supuestos de discriminación no configurarían el tipo delictivo.

Mediante la Ley 28867 se modificó al referido artículo 323, contemplándose a los actos de discriminación "por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica". De esta manera, se han ampliado los actos de discriminación considerados dentro del tipo delictivo. Asimismo, se establecieron sanciones mayores a las previstas por la norma original, contemplándose la aplicación de la pena en caso la discriminación se materialice mediante actos de violencia física o mental.

4. Ley 27050

La Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce a las personas con dis-

capacidad los mismos derechos que asisten a la población en general, sin perjuicio de aquellos derechos especiales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

En su artículo 3 prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad, sancionando con nulidad a todo acto discriminatorio que *"afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad"*.

Se considera como persona con discapacidad a aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad.

5. Decreto Supremo No. 002-98-TR

Mediante el Decreto Supremo No. 002-98-TR se aprobaron diversas normas reglamentarias de la Ley 26772, precisándose que la prohibición de discriminación resultaba aplicable a los empleadores que realizan ofertas de trabajo, las agencias de empleo y a otras que sirvan de intermediadoras en las ofertas de empleo.

El aspecto más relevante del referido decreto se refiere al reconocimiento de la legalidad de las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo, las cuales no deben ser consideradas como prácticas discriminatorias siempre y cuando se encuentren sustentadas en una justificación objetiva y razonable.

En ese sentido, se precisa que no se considerará como justificación objetiva y razonable, y por lo tanto constituirán prácticas discriminatorias, aquellas condiciones referidas a las preferencias subjetivas de los clientes. Asimismo, resulta discriminatorio excluir a determinadas personas a consecuencia de los costos específicos derivados de su contrata-

ción, lo que puede presentarse, por ejemplo, en el caso de las personas con discapacidad, cuya contratación requiera la adecuación del centro de trabajo o la necesidad de proporcionar equipo especial para el desarrollo de sus funciones laborales.

6. Decreto Supremo No. 004-97-SA

Mediante el Decreto Supremo No. 004-97-SA se aprobó el Reglamento de la Ley 26626, el cual en su artículo 15 establece que la prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social.

Dicha disposición es acorde con la Ley 26772, referente a las ofertas de empleo, la misma que señala que las ofertas de empleo no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, entendiéndose por discriminación en los requerimientos de personal.

7. Resolución Ministerial No. 376-2008-TR

La Resolución Ministerial No. 376-2008-TR establece obligaciones y derechos para los empleadores, trabajadores y personas que busquen empleo con relación al VIH y SIDA, las cuales son de obligatorio cumplimiento tanto en la actividad privada como en la pública, cualquiera sea el régimen laboral o la modalidad contractual laboral.

Se han establecido diversas disposiciones en relación al desarrollo e implementación de políticas y programas sobre VIH y SIDA en el lugar de trabajo, con la finalidad de prevenir y controlar su progresión, proteger los derechos laborales, así como erradicar el rechazo, estigma y la discriminación de las personas real o supuestamente infectadas con el VIH o SIDA. En ese sentido, se prohíbe que el empleador exija la prueba del VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo. Consideramos que dicha prohibición no impide que el trabajador se someta voluntariamente a dicha prueba o decida exhibir el resultado de ésta.

Somos de la opinión que la Resolución Ministerial No. 376-2008-TR debió establecer que las pruebas de descarte del VIH o SIDA sólo pueden ser realizadas en aquellos supuestos que la eventual condición de infectado del trabajador resulte determinante para la ejecución de las labores encomendadas o represente un riesgo de contagio para los demás trabajadores.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Nuestra legislación contiene diversas disposiciones referidas a la proscripción de la discriminación en el acceso al empleo, estableciendo sanciones administrativas y reconociendo el derecho de las personas afectadas a solicitar el pago de una indemnización. En dicho supuesto, corresponderá a quien se considere afectado con las medidas discriminatorias la carga de probar sus afirmaciones, lo que resultará difícil en caso nos encontremos ante supuestos de discriminación indirecta, puesto que la misma posee una apariencia de legalidad al tratarse de medidas de selección en apariencia neutras.

La demostración de la existencia de medidas discriminatorias en perjuicio de grupos sociales protegidos resulta especialmente difícil, puesto que se requerirá de la actuación de diversos medios probatorios complejos para demostrar el impacto adverso de la "medida neutral" adoptada por el empleador.

Ante ello, corresponderá a los órganos jurisdiccionales atender lo señalado evaluando los medios probatorios aportados por ambas partes, sin que ello implique la inversión de la carga de la prueba. Por su parte, el empleador podrá presentar los medios probatorios que le permitan demostrar que las condiciones establecidas para la contratación de personal se encuentran exentas de cualquier trasfondo discriminatorio, estando amparadas por el ordenamiento jurídico.

Resulta especialmente relevante atender a las calificaciones válidamente exigibles para un puesto determinado, debiendo evaluar si éstas resultan indispensables o determinantes para la realización de las funciones laborales que le serán asignadas.

