



RECOMENDACIÓN No. 25 /2017

SOBRE EL CASO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, A LA LEGALIDAD, Y AL TRABAJO EN SU MODALIDAD DE IMPEDIR EL ACCESO AL TRABAJO, COMETIDAS EN AGRAVIO DE V, EN EL ESTADO DE OAXACA.

Ciudad de México, a 26 de junio de 2017.

**MTRO. MIKEL ANDONI ARRIOLA PEÑALOSA
DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO
MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL.**

Distinguido señor Director General:

1. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1º, párrafos primero, segundo y tercero, y 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º, 3º, párrafo primero, 6, fracción III, 15, fracción VII, 24, fracción IV, 41, 42, 44, 46, 47 y 51 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y 128 a 133 de su Reglamento Interno, ha examinado las evidencias del expediente de queja **CNDH/6/2015/6808/Q**, relacionado con el caso de V.

2. Con el propósito de proteger la identidad de las personas involucradas en los hechos y evitar que sus nombres y datos personales sean divulgados, se omitirá su publicidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 147 de su Reglamento Interno, y 68, fracción VI, y 116, párrafos uno y dos, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Dicha información se pondrá en conocimiento de la autoridad recomendada, a través de un listado adjunto, en el que se describe el significado de las claves utilizadas, con el compromiso de dictar las medidas de protección de los datos correspondientes.

I. HECHOS.

3. El 18 de agosto de 2015, se recibió vía electrónica en esta Comisión Nacional la queja de V, pasante de la carrera de Profesional Técnico Bachiller en Enfermería General, en la que denunció que en septiembre de 2013, el IMSS emitió una convocatoria para ocupar plazas en su bolsa de trabajo, y al considerar que reunía los requisitos, se inscribió para la categoría de Auxiliar de Enfermera General 80 (Auxiliar de Enfermera).

4. El 28 de agosto de 2014, V acudió al Centro de Capacitación de la Delegación del IMSS en Oaxaca, para presentar el examen psicolaboral de la convocatoria y, el 19 de septiembre de ese mismo año, el IMSS le informó que lo aprobó y que tenía que presentarse en el Hospital General de Zona 3 (HGZ-3) en Tuxtepec, Oaxaca, para que se le practicara el examen médico correspondiente.

5. El 22 de septiembre de 2014, V acudió al HGZ-3, lugar en el que firmó una orden de estudios, incluida la prueba del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), la cual se le practicó el 27 de ese mismo mes y año.

6. A finales de octubre del mismo año, V se presentó en el Área de Medicina de Trabajo del HGZ-3, donde AR le informó que resultó positivo en la prueba de VIH, por lo que no podía otorgarle un dictamen de aptitud para continuar en el proceso de selección de Auxiliar de Enfermera; sin embargo, le advirtió que le daría una prórroga de 6 meses para que iniciara un tratamiento antirretroviral y, al término del mismo, tendría que programar una cita para llevar sus estudios de cargas virales y, una vez que se obtuviera el diagnóstico, se le valoraría de forma integral por las especialidades de epidemiología y medicina interna, de conformidad con el “Procedimiento 2330-003-008”.

7. A efecto de continuar en el proceso de selección para ocupar la plaza de Auxiliar de Enfermera, V recibió atención médica en el Área de Epidemiología en el HGZ-3; sin embargo, SP1, en junio de 2015, le informó que el IMSS ya no necesitaba personal.

8. El 29 de julio de 2015, V acudió con SP2, a quien le manifestó que el período de 6 meses ya había transcurrido, por lo que deseaba continuar en el proceso selectivo. En ese sentido, SP2 solicitó a SP3, datos sobre el dictamen de aptitud de V, motivo por el cual se canalizó nuevamente a V con AR, quien le informó que no podía emitir el dictamen sin previa consulta del Departamento de Prestaciones Médicas y Medicina del Trabajo.

9. V agregó que al solicitar información a AR respecto del avance de su trámite, ésta le manifestó que fue dictaminado como “No Apto” para la categoría de Auxiliar de Enfermera, por lo que V consideró que esa determinación fue por motivo de su condición de salud.

10. El 25 de agosto de 2015, esta Comisión Nacional estableció comunicación con V, quien informó que hasta esa fecha no se le había notificado por escrito la determinación del dictamen de aptitud para ocupar la plaza de Auxiliar de Enfermera.

11. Por tal queja, este Organismo Nacional radicó el expediente **CNDH/6/2015/6808/Q**, y para documentar las posibles violaciones a derechos humanos, se solicitó información al IMSS y, en colaboración, al Centro Nacional para la prevención y el control del VIH y el Sida (CENSIDA), cuya valoración lógico-jurídica es objeto de análisis en el capítulo de Observaciones de esta Recomendación.

II. EVIDENCIAS¹

12. Queja de 18 de agosto de 2015, presentada vía electrónica por V ante esta Comisión Nacional.

13. Acta Circunstanciada de 25 de agosto de 2015, en la cual este Organismo Nacional hizo constar que, a fin de dar seguimiento a la queja, se comunicó con V, quien indicó que no se le había informado mediante escrito la determinación del dictamen de aptitud para ocupar la plaza de Auxiliar de Enfermera.

14. Oficio 095217614BB1/2046 de 9 de octubre de 2015, a través del cual el IMSS remitió copia de la siguiente documentación:

14.1 Oficio 2102012151/JDP/0491/2014 de 3 de noviembre de 2014, del HGZ-3, a través del cual remitió a la Delegación Estatal Oaxaca, el dictamen de examen médico de aptitud de V, con una leyenda que refiere “sin trámite por prórroga de seis meses”, sin que se especifique el motivo de ello.

14.2 Memorandum Interno 2104022300/AEST/499/2014 de 5 de noviembre de 2014, mediante el cual AR informó al HGZ-3 que *“devuelve dictamen del examen médico de aptitud para el trabajo de V, toda vez que padece una patología que amerita vigilancia*

¹ En este apartado se hace referencia de manera enunciativa más no limitativa a las evidencias que fueron consideradas por este Organismo Nacional para el análisis integral del expediente de queja.

epidemiológica, por lo que se envía al Hospital Regional, para que una vez que se concluya su estado de salud, se dictamine si es apto al perfil del puesto que solicitó”.

14.3 Anexo 219001710100/DP/76/2014, sin fecha, respecto de la relación de aspirantes a dictamen médico, en las que se advierte que 18 personas eran los candidatos a ocupar la plaza de Auxiliar de Enfermera, en la cual se encontraba V.

14.4 Oficio 219001710100/DP/ECL/070/2015, de 29 de julio de 2015, mediante el cual se remitió al HGZ-3, la solicitud de dictamen de Examen Médico de Aptitud para Trabajo de V, para que, una vez realizado, se informe sobre los aspirantes a los que se les otorgue prórroga, para conocer su estatus y proceder a lo necesario.

14.5 Historia Clínica de 5 de agosto de 2015, en el que AR registró que V es *“medicamente No Apto para el puesto específico del trabajo, ya que aunque se encuentre asintomático ciertas condiciones de trabajo pueden ocasionar deterioro inmunológico y por otra parte puede constituir un riesgo para terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos por el contacto directo con el virus”.*

14.6 Resumen clínico de 6 de agosto de 2015, en la que AR hizo diversas anotaciones.

14.7 Oficio 1930, de 14 de agosto de 2015, mediante el cual el HGZ-3 informó y anexó el siguiente documento:

14.7.1 Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de 10 de agosto de 2015, en el que AR determinó que para las actividades específicas de la categoría o puesto de Auxiliar de Enfermera, V resultó *“medicamente no apto...”*

14.8 Oficio 219001710100/DP/030/2015 de 29 de septiembre de 2015, mediante el cual la Delegación Estatal Oaxaca informó que a través del similar 2102012151/JDP/0358/2015 de 14 de agosto del mismo año, suscrito por AR, refirió que V *“No es APTO clínicamente...”*

14.9 Oficio sin número de 1 de octubre de 2015, mediante el cual AR informó, entre otras cuestiones, que el 27 de septiembre de 2014, se le realizó la prueba de VIH a V, para determinar su estado de salud de forma integral, la cual se le practicó en el HGZ-3, previo *“Consentimiento informado para la detección de anticuerpos contra el VIH”*, lo cual se hizo conforme al *“Procedimiento para las actividades de servicios de prevención y promoción de la salud para trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social y Exámenes de aptitud médico laboral en aspirantes a ingresar al Instituto Mexicano del Seguro Social. Clave 2330-003-008”* (*“Procedimiento”*). Agregó que: *“La prueba de VIH se practica a todos los aspirantes de acuerdo a los Criterios de aptitud en categorías con alta demanda física y riesgo de seguridad, en este rubro se encuentra la de auxiliar de Enfermera general”*.

14.10 Oficio 219001710100/DP/DOT/311 de 2 de octubre de 2015, a través del cual la Delegación Estatal Oaxaca informó respecto del procedimiento de selección que se le aplicó a V, en el que, entre otras cuestiones, apuntó que debido a que el 19 de septiembre de 2014, V aprobó la primera etapa de selección, consistente en la evaluación psicolaboral, se solicitó al HGZ-3, el Dictamen del Examen Médico de Aptitud de V.

15. Oficio 7644 de 14 de octubre de 2015, mediante el cual el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) informó que el 10 de septiembre de 2015, se recibió la queja de V, motivo por el cual se inició el EQ. Que con el similar 6797 de 18 de ese mismo mes y año, se solicitó información al IMSS; pero ya que esta Comisión

Nacional aperturó investigación por los mismos hechos, por razón de competencia legal, se remitió a este Organismo Nacional copia certificada del EQ, para que se continuara con la integración.

16. Oficio 095217614BB1/0124 de 29 de enero de 2016, a través del cual el IMSS remitió copia de la siguiente documentación:

16.1 Oficio 219001710100/DP/001/2016, de 14 de enero de 2016, mediante el cual se remitió copia del *“Procedimiento para la evaluación de aspirantes a ocupar puestos de confianza “A” en nómina de mando, nómina ordinaria y nuevo ingreso en categorías de base”*. Se informó que en el referido procedimiento no se considera ningún supuesto para que el IMSS otorgue al candidato alguna prórroga para reunir los requisitos correspondientes.

16.2 *“Consentimiento informado para la detección de anticuerpos contra el virus inmunodeficiencia humana”*, de 22 de septiembre de 2014, suscrito por V y AR, por el cual V en calidad de paciente autorizó a AR *“se le tome una muestra de sangre para buscar en ella anticuerpos contra el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (HIV) que produce el SIDA o Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida”*.

17. Oficio CENSIDA-DG-4448-2016, de 12 de agosto de 2016, suscrito mediante el cual CENSIDA emitió una opinión técnica respecto del caso de V, en el que, entre otras cuestiones, se determina que el riesgo de V a infecciones oportunistas al momento del procedimiento de selección, era similar al de una persona sin VIH, así como que una persona con VIH en tratamiento antirretroviral y en control viral, puede realizar todas las actividades que las personas sin infección por VIH.

18. Oficio 095217614BB1/2697, de 25 de noviembre de 2016, mediante el cual el IMSS, adjuntó la siguiente documentación:

18.1 Oficio 2102040540/CTQ/0719/2016, a través del cual adjuntó el contrato suscrito por V, en la categoría de Auxiliar Universal de Oficinas por el periodo de 13 al 14 de septiembre de 2016, con adscripción en el HGZ-3.

18.2 Acta Circunstanciada de 5 de diciembre de 2016, en la cual, entre otras cuestiones, este Organismo Nacional hizo constar que se comunicó telefónicamente con V, quien reveló que hace aproximadamente dos meses ingresó a laborar eventualmente en el IMSS, con una plaza de Auxiliar Universal de Oficinas.

19. Oficio 095217614BB1/2887, de 21 de diciembre de 2016, mediante el cual el IMSS adjuntó, entre otras, la siguiente documentación:

19.1 Oficio 219001710100/OCFT/3172016, de 13 de diciembre de 2016, en el que se expone detalladamente el caso de V.

19.2 CD que contiene el “Procedimiento” y la “Guía para la aptitud médico-laboral en aspirantes a ingresar al IMSS” (“Guía”).

20. Oficio 095217614BB0/177, de 16 de febrero de 2017, mediante el cual el IMSS adjuntó, entre otros documentos, correo electrónico de 7 de agosto de 2015, a través del cual SP5 informa a AR que se ratifica la “No aptitud” de V.

III.SITUACIÓN JURÍDICA.

21.El 28 de agosto de 2014, V se presentó en el Centro de Capacitación de la Delegación del IMSS en Oaxaca, a efecto de presentar el examen psicolaboral para ocupar la plaza de Auxiliar de Enfermera de la convocatoria. El 19 de septiembre de ese mismo año, el IMSS le informó que lo aprobó y que tenía que acudir al HGZ-3, para que se le practicara el examen médico respectivo.

22.El 22 de septiembre de 2014, V acudió al HGZ 3, lugar en el que firmó una orden de estudios, incluida la prueba del VIH, la cual se le practicó el 27 de ese mismo mes.

23.Mediante oficio 1930, de 14 de agosto de 2015, SP4 remitió a SP2, el Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de 10 del mismo mes y año, firmado por AR, en el que determinó que para las actividades específicas de la categoría o puesto de Auxiliar de Enfermera, V resultó *“medicamente no apto para realizar las actividades específicas del puesto de trabajo, ya que ciertas condiciones de trabajo pueden ocasionar deterioro inmunológico y existe la posibilidad de sufrir un daño a la salud, para el propio trabajador y constituir un riesgo para las terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos”*.

24.El 10 de septiembre de 2015, derivado de los hechos arriba descritos, V presentó queja ante el CONAPRED, por lo que se inició el EQ, por presuntos actos de discriminación por motivo de su condición de salud; pero, por razón de competencia se remitió a esta Comisión Nacional.

IV. OBSERVACIONES.

25.Con fundamento en el artículo 41 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en este apartado se realiza un análisis de los hechos y evidencias del expediente de queja **CNDH/6/2015/6808/Q**, con un enfoque lógico-jurídico de máxima

protección de las víctimas de violaciones a derechos humanos, a la luz de los estándares nacionales e internacionales en la materia, de los precedentes emitidos por la Comisión Nacional, y de criterios jurisprudenciales aplicables de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para acreditar violación a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, a la legalidad, y al trabajo, en agravio de V, atribuibles a personal del IMSS.

A. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

26. El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé diversas obligaciones para las autoridades, entre otras, el respeto a los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales; el procurar la protección más amplia de esos derechos; y, desde el ámbito de su respectiva competencia, el *“promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos”* de todas las personas y con un énfasis particular en aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las personas que viven con VIH.

27. El núcleo esencial del derecho a la igualdad y no discriminación, implica que: *“Toda persona, sin distinción, tiene derecho a disfrutar todos los derechos humanos, incluidos el derecho a la igualdad de trato ante la ley y el derecho a ser protegido contra la discriminación por diversos motivos”*², entre ellos, la condición de salud por vivir con VIH.

28. El último párrafo del artículo 1° constitucional prohíbe *“...toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la*

² “Libres e Iguales”, de las Naciones Unidas, *“Igualdad y no discriminación”*, pag. 1.

edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, (...) o cualquier otra que atente contra la dignidad humana...”

29. En relación con este derecho a la no discriminación, *“la comunidad internacional ha elaborado documentos declarativos y directrices, en los que se han desarrollado de forma amplia los derechos de las personas que viven con VIH/SIDA (...) que si bien no constituyen normas de observancia obligatoria, sí constituyen el marco doctrinal y los principios de actuación que deben formar las acciones y políticas que los Estados deben adoptar a fin de lograr la plena vigencia de los derechos humanos de quienes viven con VIH...”*³

30. A nivel internacional, el derecho a la igualdad y no discriminación, se encuentra reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en los artículos 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

31. Los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a su igual protección de la ley”* y que: *“Los Estados Partes (...) se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos [en la Convención Americana sobre Derechos Humanos] 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”*.

³ CNDH. Recomendación General 8/2004, *“Sobre el caso de la discriminación en las escuelas a menores portadores de VIH o que padecen sida”*, de 17 de septiembre de 2004, inciso C.

32.La CrIDH consideró que: *“El artículo 1.1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estado Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”⁴. “El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”⁵*

33.El artículo 3 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), estatuye que: *“Los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

34.El artículo 1, inciso b del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación, prevé que *“el término discriminación comprende: Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto*

⁴CrIDH. “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, p. 53.

⁵CrIDH. “Caso Duque vs. Colombia”. Sentencia de 26 de febrero de 2016, p. 93.

anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo...”

35. Conforme a los artículos 1, fracción III y 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, discriminación es “...*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, **de salud** o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo...*”

36. Asimismo, en las fracciones III y XXXII del artículo 9 de la referida ley, también se considera como discriminación: “*Prohibir la libre elección de empleo o restringir las oportunidades de acceso*” [al empleo] y “*Estigmatizar y negar derechos a personas con VIH/SIDA*”.

37. El derecho a la igualdad y no discriminación son principios y fundamentos de los derechos humanos, cuya función principal es proteger la dignidad humana. Al respecto, la CrIDH juzgó “*que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de*

derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.”⁶

38. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido la discriminación 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 propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”⁷*

39. En el derecho internacional de los derechos humanos, la importancia del derecho a la igualdad y no discriminación es trascendental para respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad. La CrIDH ha sostenido que: *“En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del **ius cogens**. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.”⁸*

40. Para la Comisión Nacional *“es prioridad (...) velar por la garantía y respeto de los derechos de las personas que por su condición de salud y circunstancias, se encuentren en una situación de vulnerabilidad”⁹*, como lo son las personas que viven con VIH o que padecen SIDA. Este grupo social ha sido históricamente discriminado

⁶ *“Caso Duque vs. Colombia”*, Ibidem, p. 91.

⁷ Observación General 18, “No Discriminación”, p. 7.

⁸ *“Caso Espinoza González vs. Perú”*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, p. 216.

⁹ CNDH. Recomendación General 8/2004, de 17 de septiembre de 2014. *“Sobre el caso de la discriminación en las escuelas a menores portadores de VIH o que padecen sida”*, primer párrafo de Observaciones.

debido, entre otras cuestiones, al estigma y prejuicios que existen en cuanto a esa condición de salud. Esta situación permite que se creen barreras u obstáculos que impiden el pleno goce de sus derechos humanos.

41. Es importante advertir que *“la intención de todas las disposiciones jurídicas, nacionales o internacionales, que reconocen la igualdad y prohíben la discriminación, es alcanzar siempre una “igualdad sustancial”, es decir, revertir efectivamente las desigualdades y remover los obstáculos que sean necesarios, a fin de garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.”*¹⁰

42. Al respecto, la CrIDH ha establecido que la relación entre las barreras u obstáculos y la condición de salud de las personas con VIH o SIDA, justifica el uso del modelo social de la discapacidad, y que *“la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.”*¹¹

43. La CrIDH ha sostenido que: *“El convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad (...) la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales (...) la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende*

¹⁰ Diana Lara Espinosa, *“Grupos en situación de vulnerabilidad”*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 21, penúltimo párrafo.

¹¹ *“Caso Gonzales Lluy otros vs. Ecuador”*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, pp. 236 y 237.

de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos.”¹²

44. Los artículos 8 y 31 de la *“Declaración de Derechos y Humanidad sobre los Principios Fundamentales de los Derechos Humanos, la Ética y la Humanidad aplicables en el contexto del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”* de las Naciones Unidas de 1992, informan que: *“Todas las personas que padecen una enfermedad o incapacidad, incluidas las personas con VIH y SIDA, tienen derecho al disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales sin ninguna restricción injustificada.”*

45. Una vez expuesto lo anterior, esta Comisión Nacional realizará un análisis, para determinar en el presente caso: **a)** si hay un nexo causal entre la condición de salud de V y la diferencia de trato adoptada por AR, y **b)** si la justificación que alegó AR para la diferencia de trato, constituyó un trato discriminatorio que impidió a V continuar en el proceso de selección para la categoría de Auxiliar de Enfermera.

46. En el presente caso, de los informes rendidos por AR se advierte que el 27 de septiembre de 2014, a V se le practicó la prueba del VIH, por ser aspirante para ingresar al puesto de Auxiliar de Enfermera, de conformidad con la “Guía” que se encuentra en el “Procedimiento”.

47. Así, el 8 de octubre de 2014, AR llevó a cabo un protocolo para determinar la aptitud del puesto específico de trabajo de V, por lo que al realizar la anamnesis (conjunto de datos que se recogen en la historia clínica de un paciente para emitir un diagnóstico), exploración física y al analizar los resultados de laboratorio, se encontró positiva la prueba de EIA (ensayo inmunoenzimático). Por ello, le informó a V que

¹² Ibidem, p. 238.

tenía que confirmar el resultado mediante la prueba de *“Western blot”* (prueba confirmatoria de presencia de anticuerpos contra el VIH) y, una vez que se obtuviera el diagnóstico, se le valoraría de forma integral por las especialidades de epidemiología y medicina interna, de conformidad con el *“Procedimiento”*.

48. Por lo anterior, el 5 de noviembre de 2014, AR informó a SP3 que devolvía el Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el trabajo de V, *“ya que padece una patología que amerita vigilancia epidemiológica, para lo cual se envía al Hospital Regional, una vez que se concluya su estado de salud se dictaminará si es apto al perfil del puesto que está solicitando”*.

49. AR refirió que la prórroga de seis meses que le otorgó a V, fue para que *“se concluyera su estado de salud, toda vez que no se había confirmado la enfermedad, mediante la prueba confirmatoria de Western blot”*.

50. Por su parte, V mencionó que recibió atención médica en el HGZ-3, sin embargo, en junio de 2015, SP1 le señaló que ya no existía requerimiento en la categoría de Auxiliar de Enfermera, por lo que no podía continuar en el proceso selectivo.

51. El IMSS indicó que la categoría que V solicitó, fue la de personal sustituto de Auxiliar de Enfermería, la cual es ocupada para suplir el ausentismo del personal de base, por lo que existían cuatro requerimientos a la categoría de Auxiliar de Enfermera en el HGZ-3, cuando V inició su proceso de selección.

52. El IMSS informó a este Organismo Nacional que la necesidad que existe de contratar al personal sustituto es para no dejar descubierta la atención en ausencias del personal de base, por lo que el proceso continúa hasta cubrir las vacantes existentes. De haber uno o más aspirantes a los que se le haya indicado una prórroga para nueva

evaluación médica, el proceso individual de éstos permanece detenido, en tanto los aspirantes que no tengan esa circunstancia siguen con el proceso. Si al término de la misma, ya otros aspirantes han cubierto satisfactoriamente las distintas etapas del proceso selectivo y han obtenido su ingreso al Instituto, cubriéndose en su totalidad las vacantes que existían, se da la situación de que ya no hay requerimientos que pudieran ser cubiertos.

53. En ese sentido, el IMSS advirtió que en la fecha coincidente en la que V participó, los cuatro requerimientos fueron cubiertos. Que, a excepción de V, ningún otro candidato evaluado para la categoría de Auxiliar de Enfermera, ameritó prórroga para nueva evaluación médica, en virtud de que los demás aspirantes resultaron aptos médicamente.

54. De las constancias del expediente, se advierte que V expuso su situación ante SP2, quien el 29 de julio de 2015, solicitó a SP4 el Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de V en la categoría de Auxiliar de Enfermera.

55. De los documentos remitidos por el IMSS, se advierte un resumen clínico del 6 de agosto de 2015, en la que AR anotó que *“V acude como aspirante de Auxiliar de Enfermería, se confirmó infección por el Virus de Inmunodeficiencia humana. Se le realizó la prueba confirmatoria para el VIH por Wester Blot el 27/09/2014 reportando positivo...”*, por lo que fue enviado el 22 de diciembre de 2014 a Medicina Interna, donde se le otorgó tratamiento a base de *“efavirenz”* 600mg, *“truvada”* 200/300 mg, *“itraconazol”* 1 tab diaria. Que posteriormente, presenta desde abril de 2015 dermatosis en región perianal pubis. En ese sentido, informa lo siguiente:

“Diagnostico:

Infección por Virus de Inmuno-deficiencia Humana.

Condilomas acuminados en región perianal.

Tiña Inguinal.

Plan:

*Aspirante **NO APTO** para las actividades específicas del puesto de trabajo, ya que de acuerdo a los Criterios de aptitud en categorías de alta demanda física y riesgo de seguridad, presenta factores de riesgo inminentes para el trabajo como auxiliar de Enfermería General. Y que existe la probabilidad de sufrir un daño a la salud, tanto por el propio trabajador como de ocasionárselo a sus compañeros y/o derechohabientes en general.*

Luego entonces, se debe crear conciencia de prevención en el aspirante al hacerle ver que aún y cuando se encuentre asintomático ciertas condiciones de trabajo pueden ocasionar deterioro inmunológico y por otra parte puede constituir un riesgo para terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos por el contacto directo con el virus.

Sin embargo de acuerdo al procedimiento para las actividades de los servicios de prevención y promoción de la salud para trabajadores del IMSS y exámenes de aptitud médico-laboral en aspirantes a ingresar al Instituto Mexicano del Seguro Social y los Criterios de aptitud en categorías de alta demanda física y riesgo de seguridad; las enfermedades transmisibles deberán ser negativas todas, por tal

motivo al existir duda o controversia se solicita asesoría del Coordinador Clínico y/o Delegacional de Salud en el Trabajo, antes de emitir el dictamen del caso.”

56. El IMSS informó que el 6 de agosto de 2015, AR, vía correo institucional, solicitó apoyo a SP5 para determinar respecto de la aptitud o no aptitud de V, quien el 7 de ese mismo mes y año, le refirió que consultando el “Procedimiento”, *“el cual establece y considera al puesto de Auxiliar de Enfermería como de alto riesgo para la salud y seguridad personal y de terceros”,* así como por *“los resultados alterados de los estudios de laboratorio (marcadores inmunológicos), además como las infecciones agregadas, se ratificaba la no aptitud de V para el puesto solicitado.”*

57. AR emitió el Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de 10 de agosto de 2015, en el que determinó que para las actividades de la categoría o puesto de Auxiliar de Enfermera, V resultó *“medicamente no apto para realizar las actividades específicas del puesto de trabajo, ya que ciertas condiciones de trabajo pueden ocasionar deterioro inmunológico y existe la posibilidad de sufrir un daño a la salud, para el propio trabajador y constituir un riesgo para las terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos. Caso comentado a la Delegación de Salud en el Trabajo donde se llegó a esta conclusión.”*

58. AR refirió que lo anterior se lo comunicó a V el 12 de agosto de 2015, en las instalaciones del HGZ-3, y le informó sobre la conclusión a la que se había llegado, previa consulta a la Coordinación Delegacional de Salud en el Trabajo, del propio IMSS.

59. AR subrayó que explicó ampliamente a V que, de acuerdo con los riesgos biológicos y químicos a los que se encuentra expuesto el perfil laboral de la categoría Auxiliar de Enfermera, existía la probabilidad de

sufrir un daño a la salud, tanto en la de V como en la de sus compañeros y/o derechohabientes en general. No obstante, le informó que el hecho de que no fuera apto para desempeñar las actividades específicas del puesto de trabajo, no significaba que no fuera apto para otra categoría.

60. Esta Comisión Nacional observa que la decisión adoptada por AR, tuvo como argumentó principal el estado de salud de V, por lo que realizó una diferencia de trato basada en su condición de salud, por ser una persona con VIH. Se advierte que esa diferencia de trato basada en su condición de salud, fue por la probabilidad de sufrir un daño a la salud, tanto para la de V como a la de sus compañeros y/o derechohabientes en general.

61. En ese sentido, esta Comisión Nacional analizará si la justificación que alegó AR para realizar la diferencia de trato, constituyó un trato discriminatorio que impidió a V continuar en el proceso de selección para la categoría de Auxiliar de Enfermera.

62. Para este Organismo Nacional es importante apuntar que no toda diferencia de trato constituye discriminación, pero ya que existió una diferencia de trato basada en la condición de salud de V, los argumentos de AR debían ser particularmente objetivos y justificables, para comprobar y demostrar que su decisión no tenía un propósito ni efecto discriminatorio.

63. La CrIDH en relación con una niña que fue infectada del VIH, apreció que: *“si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse con base en criterios médicos y la condición real de salud*

tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.”¹³

64. La CrIDH ha determinado, además, *“que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.”*¹⁴ También, ha sancionado que *“...la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.”*¹⁵

65. El Comité de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), ha sostenido que: *“Los Estados a menudo se escudan en la protección de la salud pública para justificar restricciones de los derechos humanos relacionados con el estado de salud de una persona. Sin embargo, muchas de esas restricciones son discriminatorias, por ejemplo, la de dispensar un trato distinto a una persona infectada por el VIH en lo que respecta al acceso a la educación, el empleo, la atención sanitaria, los viajes, la seguridad social, la vivienda o el asilo.”*¹⁶

66. ONUSIDA decretó que: *“La discriminación viene después del estigma y es el trato injusto y desleal de una persona en razón de su estado serológico respecto al VIH, sea éste percibido o real. El estigma y la discriminación violan los derechos humanos fundamentales y pueden estar presentes en diferentes niveles, como*

¹³ “Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador”, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, p. 258.

¹⁴ “Caso Duque vs. Colombia”. Ibidem, p. 106, y TEDH, “Caso D.H. y otros Vs. República Checa”, Demanda 57325/00. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, p. 196

¹⁵ “Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador”, Ibidem, p. 257.

¹⁶ Observación General 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, de 2 de julio de 2009, p. 33.

*el político, económico, social, psicológico e institucional*¹⁷. Igualmente, estatuyó que *“la estigmatización relacionada con el VIH es un proceso a través del cual se desacredita a las personas que viven con el VIH.”*¹⁸

67. Los puntos 3, inciso c, 10 y 26 de la “Recomendación 200 sobre el VIH y el Sida y el mundo del trabajo”, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), refieren que: *“no debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo y los solicitantes de empleo, por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH”, [y] “Los resultados de las pruebas de detección del VIH deberían ser confidenciales y no comprometer el acceso al empleo” [y la igualdad de oportunidades].*

68. La CrIDH en el “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”, resolvió que *“...la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.”*¹⁹

69. Al existir un trato diferencial con base en una categoría sospechosa de discriminación²⁰, por la condición de salud de V, el IMSS tenía la carga de la prueba para demostrar de manera objetiva y razonable que el trato diferencial que ejerció en su contra, no era discriminatorio.

70. De las evidencias que integran el expediente de queja, el IMSS fundamentó y motivó su determinación de no aptitud de V en la “Guía”

¹⁷ “Hoja Informativa. Estigma y la Discriminación”, diciembre de 2003.

¹⁸ “Violaciones de los derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH, Estudios de caso de intervenciones exitosas”, abril 2005, pág. 8.

¹⁹ “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Sentencia de 24 de febrero de 2012, p. 124.

²⁰ Jurisprudencia Constitucional. “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”. Semanario Judicial de la Federación. Septiembre 2016. Registro 2012589.

la cual que se encuentra en el “Procedimiento”, por lo que esta Comisión Nacional una vez que tuvo conocimiento del caso, le requirió los referidos documentos para su valoración y estudio, sin embargo, fue hasta el 23 de diciembre de 2016, que los remitió de manera completa, lo cual demoró la investigación, contraviniendo el artículo 8, fracción XIX, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que prevé la obligación de todo servidor público de *“proporcionar en forma oportuna y veraz, toda información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos.”*

71. De igual forma, toda vez que el IMSS no precisó los preceptos aplicables para fundar y motivar su determinación, esta Comisión Nacional realizará diversas observaciones respecto de la “Guía” para sustentar el presente pronunciamiento.

72. Esta Comisión Nacional advierte, en principio, que el séptimo párrafo de la Introducción de la “Guía”, refiere que *“durante la dictaminación de la aptitud médico laboral es importante tomar en cuenta lo enunciado en el artículo 5 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya que no se consideraran conductas discriminatorias las siguientes:*

- I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidad;*
- II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;*

III.La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población general;

IV.En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razones de edad;

V.Los que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;

VI.El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

VII.Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y

VIII.En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.”

73. Al respecto, mediante el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”²¹, se reformaron, entre otros, los artículos 4 y 5, en los que se decretó: “*Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del artículo 1º constitucional...*”, y “*No se considerarán discriminatorias las acciones afirmativas que tengan por efecto promover la igualdad real de oportunidades de las personas o*

²¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de marzo de 2014.

grupos. Tampoco será juzgada como discriminatoria la distinción basada en criterios razonables, proporcionales y objetivos cuya finalidad no sea el menoscabo de derechos.”

74. En cuanto la aptitud médico laboral, el artículo 7.1 de la “Guía”, regula que el Médico de Salud en el Trabajo “*determinará las capacidades psicofísicas requeridas en el puesto o categoría de trabajo a ocupar por el aspirante, identificar las actividades esenciales del puesto y en su caso evaluar el puesto de trabajo*”; [agrega que] “*no basta con evaluar la salud del aspirante*”, y que “*el conocimiento del médico sobre las actividades de un puesto específico es un aspecto muy importante en la dictaminación de la aptitud médico laboral, hay que tener información precisa y detallada sobre el tipo de trabajo etc., y en caso necesario visitar los lugares de trabajo para determinar las demandas psicofísicas del trabajo, de manera que cualquier evaluación se debe hacer a la medida de los riesgos y requisitos funcionales del puesto de trabajo propuesto para ocupar por el aspirante*”.

75. El mismo artículo 7.1 decide que los Médicos de Salud en el Trabajo deben “*disponer de información objetiva sobre las demandas físicas del trabajo, lo cual permitirá evaluar la capacidad funcional del individuo, esto es, la habilidad para desempeñar las actividades esenciales que confrontan un trabajo específico. Sólo se puede justificar una decisión de aptitud o no aptitud laboral una vez que se tiene ese conocimiento.*”

76. El primer párrafo del artículo 9.2.2 de la “Guía” apunta que los criterios de riesgo de salud y seguridad, “*son la probabilidad de sufrir un daño a la salud, tanto por el propio trabajador como de ocasionárselo a sus compañeros y/o derechohabientes en general.*”

77. El segundo párrafo del citado artículo ordena que “*la estimación del riesgo debe ser individualizada y no basada en la aplicación de*

estadísticas poblacionales o riesgos a largo plazo. En caso de que el aspirante tenga alguna patología, es fundamental tener en cuenta su naturaleza específica y la posible existencia de riesgo de que el individuo, como consecuencia de esta patología, no sea capaz de desarrollar alguna de las funciones esenciales de su trabajo, sobre todo si sucede de forma repentina. Además, hay que valorar la magnitud de ese riesgo y la seriedad de las posibles consecuencias, teniendo en cuenta la posibilidad de medidas preventivas que se podrían tomar para evitar el daño.”

78. El tercero y cuarto párrafo del referido artículo prescriben que *“para dictaminar la aptitud médico laboral del aspirante, se deben confrontar sus capacidades psicofísicas contra las actividades esenciales que deberá realizar en la categoría o puesto específico de trabajo al que desea ingresar, definidas en el profesiograma del Contrato Colectivo de Trabajo vigente”*. El médico responsable de la dictaminación del caso, *“no deberá sólo tomar en cuenta el requisito 35 “Condiciones Físicas Normales” y el 36 “Condiciones Físicas Excelentes”, correspondientes al Catálogo Abierto de Requisitos para Ocupar las Plazas del Tabulador del Contrato Colectivo; ya que dichos requisitos no son suficientes para emitir la dictaminación de sí o no aptitud laboral.”*

79. El sexto párrafo del multicitado artículo mandata que *“la resolución de la aptitud laboral para que sea adecuada y objetiva deberá sustentarse en el resultado de la valoración médica integral practicada al aspirante, ya que en los aspirantes con alguna alteración funcional, hallazgo de laboratorio o gabinete y personas con discapacidad se puede incurrir en actos de discriminación.”* En caso de duda o controversia para emitir la aptitud de un aspirante, *“se deberá realizar una prueba de trabajo para determinar si las capacidades psicofísicas del aspirante le permiten desempeñar las actividades esenciales descritas en el profesiograma del Contrato Colectivo de Trabajo*

vigente y con dichos elementos emitir la resolución final de la aptitud laboral, esta actividad es indispensable que se realice antes de la dictaminación del caso.”

80. El artículo 10 de la “Guía”, referente a la conclusión de criterios para dictaminar la aptitud médico-laboral, puntualiza que para emitir la dictaminación médico-laboral, se deberá considerar **a)** en el aspirante: analizar los antecedentes clínicos y laborales; determinar la capacidad física, mental y/o psicológica; establecer los hallazgos diagnósticos derivados de lo anterior y considerar los diagnósticos y/o complicaciones establecidos en las interconsultas; y **b)** en el puesto de trabajo: determinar si el aspirante es capaz de realizar las actividades esenciales del puesto; establecer el riesgo para la salud y seguridad personal y de terceros; valorar la posibilidad de llevar a cabo “adaptaciones razonables”, por ejemplo la incorporación progresiva a las tareas o responsabilidades habituales, reducción temporal de carga de trabajo, modificaciones de funciones u horario, proporcionar o modificar equipo de trabajo, realizar adaptaciones en el lugar de trabajo, tiempo de rehabilitación o tratamiento.

81. Además, el mismo artículo señala que para emitir *“el juicio sobre la aptitud médico laboral, se sugiere analizar por un lado las condiciones de trabajo y los estándares de salud requeridos para ese trabajo (determinados por el médico entendiendo qué sistemas y/o aparatos pueden verse afectados por las condiciones de trabajo), contrastar esto con los hallazgos médicos y posteriormente hacer una valoración conjunta de todos los factores implicados en la salud y seguridad.”*

82. Finalmente, el artículo 11 de la “Guía”, referente a la secuencia para la dictaminación de la aptitud médico laboral, en el apartado de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, establece que la infección por VIH no afecta en sí misma la capacidad del individuo para desempeñar un puesto específico de trabajo, una persona portadora de VIH no puede transmitir la infección a sus compañeros mediante

contactos casuales. Por lo tanto, los exámenes médicos de ingreso para verificar la existencia del VIH son de utilidad para llevar a cabo la vigilancia médica en casos detectados, y *“por ningún motivo, se deberá asentar en el dictamen de aptitud medico laboral el diagnóstico de VIH positivo o SIDA como causa de No aptitud laboral.”*

83. Para obtener mayores elementos para el pronunciamiento de esta Comisión Nacional, se solicitó, en vía de colaboración, un dictamen técnico respecto del presente asunto al CENSIDA, instancia que lo emitió en su oportunidad, en el que mencionó que el Dictamen del Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de V, no fue el adecuado, porque no se tomó en cuenta el impacto benéfico del tratamiento antirretroviral respecto de la sobrevida y calidad de vida de V.

84. El CENSIDA informó que una vez diagnosticada una persona con VIH, es necesaria la determinación en sangre de marcadores que permitan conocer el grado de avance de la infección, los cuales son la determinación de linfocitos CD4²²⁺ y la carga viral de VIH en plasma. Con estos marcadores se estratifica el grado de deterioro que ha generado la infección de VIH, acorde a la clasificación vigente del Centro para el Control y Prevención de Enfermedades, de los Estados Unidos.

85. El CENSIDA previno que la referida clasificación, *“se compone por tres categorías (1, 2 y 3) correspondiente a la cuenta CD4, y tres categorías clínicas (A, B y C), para un total de nueve combinaciones posibles. Esto permite diferenciar si la persona se encuentra en una etapa inicial, intermedia o de SIDA”*. Así: *“Las personas en etapa de SIDA serán aquellas que tengan una determinación de linfocitos de CD4+ menores a 200 células/mm³, o bien alguna enfermedad oportunista activa incluida en la NORMA Oficial Mexicana NOM-010-*

²² Linfocitos T cooperadores

SSA2-2010, Para la prevención y el control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.”

86. *Por consiguiente, el CENSIDA subrayó que AR “se le realizó un examen físico y de laboratorio [a V], encontrándolo (sic) asintomática, sin alguna patología asociada a Sida, o progresión de la enfermedad. Se realizó la determinación de linfocitos CD4 y de carga viral, con resultados de linfocitos CD4 de 276 células/mm³ y carga viral de VIH en plasma de 246 mil copias.”*

87. *Conforme a esa información, el CENSIDA concluyó que “al momento de la evaluación, [V] se encontraba en la categoría A-2, es decir, en una etapa intermedia de la infección.”*

88. *En ese sentido, refirió que la “Guía de manejo antirretroviral de las personas con VIH”²³ indica que: “La mayoría de las IO (infecciones oportunistas) ocurren cuando el conteo de linfocitos CD4 es menor a 200 células/mm³. El riesgo de desarrollarlas persiste en los primeros meses posteriores al inicio del tratamiento antirretroviral y con frecuencia es inversamente proporcional al nadir (punto bajo) del conteo de células CD4”.*

89. *“Los profesiogramas de Auxiliares de Enfermería, van dirigidos a la prestación de servicios a los usuarios derechohabientes, que involucran en su mayoría procedimientos de apoyo al personal de Enfermería General, como puede ser: llenado de reportes, monitoreo y distribución de insumos, toma de signos vitales y el uso de material punzocortante para pruebas rápidas; como se ha señalado previamente, no pone en riesgo alguno al usuario cuando se utilizan correctamente las medidas de precaución universal o medidas estándar”.*

²³ Censida/Secretaría de Salud, Guía de manejo antirretroviral de las personas con VIH, México, 2014, pág. 82.

90. En consecuencia, el CENSIDA concluyó que: **a)** el riesgo de V a infecciones oportunistas al momento del procedimiento de selección, era similar al de una persona sin VIH, **b)** que el Dictamen del Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de V, no fue el adecuado, toda vez que no se tomó en cuenta el impacto benéfico del tratamiento antirretroviral respecto de la sobrevivencia y calidad de vida de V, **c)** que la evaluación que AR realizó a V, fue parcial, ya que no se consideró en algún momento que V se encontraba asintomático, **d)** que una persona con VIH en tratamiento antirretroviral y en control viral, es decir, cargas virales indetectables, puede realizar todas las actividades que las personas sin infección por VIH, **e)** que el riesgo de transmisión de VIH desde el profesional de la salud al paciente, sólo puede ocurrir mediante procedimientos invasivos específicos que provoquen autolesión con sangrado del médico o personal de salud con el VIH y que se exponga con éstos al paciente que esté tratando mientras la persona con VIH esté sin manejo antirretroviral o sin control viral; y **f)** que una persona con VIH en tratamiento antirretroviral y control virológico puede ejercer todas las actividades de Auxiliar de Enfermería General.

91. A mayor abundamiento, la CrIDH en el “Caso de *Gonzales Lluy vs. Ecuador*” resolvió que *“no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o a la salud pública.”*²⁴

92. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pronunciarse respecto de un caso de violación al derecho de igualdad de un ciudadano extranjero a quien se le negó el permiso de residencia por

²⁴ “Caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*”. Ibidem, p. 258.

su condición de salud al ser portador de VIH, ordenó que en la restricción de un derecho, la *“justificación debe ser objetiva y razonable”, [se] “debe perseguir un objetivo legítimo y tiene que haber una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”*; es así, que *“el Estado (...) goza de un margen de apreciación al evaluar en qué medida se justifica un tratamiento diferente.”*²⁵

93. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció que: *“El alcance de este margen variará, de acuerdo con las circunstancias, el objeto y el fondo. Si una restricción de derechos fundamentales se aplica a un particular grupo vulnerable (...) entonces el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecha y debe tener razones de mucho peso para las restricciones en cuestión.”*²⁶

94. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el caso de un integrante de las Fuerzas Armadas Mexicanas con VIH, resolvió que *“la declaración de inutilidad sólo por causa de seropositividad constituye una forma de propiciar el inicio del aislamiento social de este tipo de pacientes y, por consecuencia, reduce sensiblemente la función estatal de contribuir a la formación de una cultura de no discriminación por razones de salud, cuando es un hecho notorio que la enfermedad que aqueja al promovente del juicio se ha considerado como una epidemia mundial, cuyos portadores no deben ser tratados con prejuicios, ni con designio anticipado, sino con absoluto respeto a su dignidad humana, principio y fin de todo orden jurídico.”*²⁷

²⁵ “Caso Kiyutin v. Rusia”. Sentencia de 10 de marzo de 2011, p. 62.

²⁶ Ibidem. pp. 62 y 63.

²⁷ Amparo en revisión 307/2007 de fecha 24 de septiembre de 2007. Considerando Sexto, pág. 85.

95. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia al resolver un caso de violación al derecho de igualdad de un estudiante con VIH a quien se le prohibió continuar con sus prácticas como auxiliar de enfermería por un alegado riesgo de contagio, juzgó que la condición de portador de VIH de una persona, no constituye razón suficiente para que pueda ser excluida de realizar la disciplina profesional elegida o que por su mera condición ponga en riesgo su salud o la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él. Igualmente, consideró que: *“Los factores determinantes del riesgo para la salud de un profesional de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección, ya que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en la salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas.”*²⁸

96. El CONAPRED al resolver respecto de un caso análogo al que se refiere la presente Recomendación, dictaminó que: *“Este análisis es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas de distinción...”*²⁹

97. Una vez expuesto los estándares, razonamientos y criterios jurídicos detallados, esta Comisión Nacional advierte que la decisión adoptada por AR, en su Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo, en el que concluyó que V resultó medicamente no apto para realizar las actividades específicas del puesto de trabajo, tuvo como fundamento principal el estado de salud de V, por ser una persona con VIH. Esa diferencia de trato basada en su condición de salud, fue por la probabilidad de sufrir un daño a la salud, tanto para la

²⁸ Sentencia T-948/08, de 2 de octubre de 2008.

²⁹ Resolución 7/15 de 6 de octubre de 2015, p. 43.

de V y constituir un riesgo para terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos.

98. En este sentido, sin tomar en consideración lo que ha expuesto el CENSIDA, la justificación que alegó AR no fue objetiva y razonable, pues, en primer lugar, no especificó cuáles eran las actividades esenciales del puesto de trabajo de Auxiliar de Enfermera, que hubiese realizado V, en caso de haber sido seleccionado para ocupar esa categoría; en segundo lugar, no determinó de forma concreta cuáles de esas actividades pondrían en riesgo real y probado la salud de V, la de sus compañeros y/o derechohabientes; y, en tercer lugar, no tomó en cuenta el impacto benéfico del tratamiento antirretroviral respecto de la sobrevivencia y calidad de vida de V, así como su condición real de salud, a efecto de que, de haber sido seleccionado, se tomaran todas las medidas universales de bioseguridad³⁰ con el fin de reducir cualquier riesgo de transmisión de VIH.

99. Además, se observa que AR no aportó elementos de convicción que probaran que la limitación que ejerció era estrictamente necesaria, en virtud de que no agotó ninguna otra medida o alternativa que implicara un trato injustificado para V; y, por último, su justificación no estuvo rigurosamente fundada y motivada, respecto de la necesidad imperiosa de esa medida.

100. Aunado a ello, el IMSS informó a este Organismo Nacional que cuando V participó para la obtención de la categoría de Auxiliar de Enfermera, los requerimientos ya habían sido cubiertos, con lo cual se advierte que se generó una falsa expectativa a V de continuar en un proceso de selección para un empleo que no obtendría.

³⁰ Las medidas universales de bioseguridad están previstas en la NOM-010-SSA2-2010, "Para la prevención y el control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana", de 10 de noviembre de 2010.

101. En ese sentido, esta Comisión Nacional observa que existió una barrera actitudinal basada en consideraciones generalizadas sobre la condición de salud de V, al no haber una diferencia de trato razonable y proporcional por parte de AR, lo cual impidió que V pudiera ejercer de manera efectiva su derecho a continuar en el proceso de selección para obtener el empleo convocado a concurso.

102. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, esta Comisión Nacional concluye que V sufrió discriminación por motivo de su condición de salud por ser una persona que vive con VIH, por lo que AR transgredió su derecho a la igualdad y no discriminación, lo cual tuvo como resultado una restricción a su derecho humano de acceder a un trabajo.

B. DERECHO A LA LEGALIDAD.

103. El derecho a la legalidad, se encuentra previsto, principalmente, en los artículos 14 y 16 primer párrafo, constitucionales, disponiendo este último que: *“Nadie puede ser molestado en su persona, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”*. La legalidad implica que las autoridades en un Estado de Derecho, están obligadas a fundar y motivar jurídicamente sus actos. En ese sentido, la SCJN resolvió que fundar y motivar *“consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables”*.³¹

³¹ Tesis de Jurisprudencia. *“JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR*

104. Se trata de un derecho que cumple una función esencial en un Estado Derecho, que otorga a los titulares de los derechos humanos protegidos por el Estado, la certeza jurídica de que las autoridades no actuarán discrecionalmente, ya que su actuar deberá encontrar sustento en las normas válidas, vigentes y conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes que de ella emanen, así como de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

105. Este derecho tiene que ver con el conjunto de normas a las que debe ajustarse la actuación de la autoridad para generar una afectación jurídicamente válida, en la esfera jurídica del gobernado, sin que se vulneren sus derechos humanos.

106. A nivel internacional, el derecho a la legalidad, se encuentra reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 9, 11.2 y 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

107. La CrIDH consideró que *“las características de imparcialidad e independencia (...) deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas (...) dichas características no sólo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos”*³². Así, la actuación de una autoridad en el ámbito administrativo debe ajustarse estrictamente a las normas que rigen su función, mismas que deben ajustarse a las normas superiores del

CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS”. Semanario Judicial de la Federación, mayo 2002. Registro: 186921.

³² “Caso Vélez Loor vs. Panamá”. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, p. 108.

ordenamiento sin excesos, ni omisiones, a fin de garantizar el derecho a la legalidad de los gobernados.

108. En el presente caso, de los informes rendidos por el IMSS se advierte que SP1 y SP2 señalaron que conforme al *“Procedimiento para la evaluación de aspirantes a ocupar puestos de confianza “A” en nómina ordinaria y nuevo ingreso en categorías de bases 1A10-003-001”* (*“Procedimiento 2”*), el 19 de septiembre de 2014, se le comunicó a V que en el examen psicométrico, resultó apto, y que una vez aprobada esa etapa, se requirió a SP3, se realizara el Dictamen del Examen Médico de Aptitud, para determinar si V era apto para continuar con el proceso de selección.

109. El 22 de ese mismo mes y año, V acudió al HGZ-3, donde firmó una orden de estudios, incluida la prueba del VIH, a través del *“Consentimiento informado para la detección de anticuerpos contra el virus inmunodeficiencia humana”* (en adelante Consentimiento informado), la cual se le practicó el 27 de septiembre de 2014.

110. El referido consentimiento informado que AR le solicitó a V, refiere lo siguiente:

“Por este conducto autorizo al Dr. (a) AR para que al C. V, paciente del Hospital, se le tome una muestra de sangre para buscar en ella anticuerpos contra el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (HIV) que produce el SIDA o Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida.

Me han explicado ampliamente qué puede ocurrir si la prueba es positiva o negativa; también que esta prueba no es definitiva y puede ser necesaria otra, para confirmarla o no, en un laboratorio de otra institución. Se me ha asegurado que todo esto se hará de manera absolutamente confidencial y que mi nombre no será

conocido, excepto por el personal médico que lo está atendiendo, aunque los resultados, sin nombre podrán ser utilizados para conocer mejor esta enfermedad, por lo que firmo de conformidad esta nota de autorización el día 22 de septiembre de 2014.”

111. AR informó que la prueba de VIH se realizó a los aspirantes al puesto, entre ellos a V, ya que es una categoría de alta demanda física y riesgo de seguridad, para determinar su estado de salud de forma integral, de conformidad con lo dispuesto en la “Guía” que se encuentra en el “Procedimiento”.

112. Esta Comisión Nacional advierte que el objetivo que apunta la “Guía”, es *“establecer los criterios en el proceso de dictaminación de la aptitud médico-laboral de los aspirantes a ingresar al IMSS y residencias médicas, para su aplicación por los médicos operativos de Salud en el Trabajo”*. En ese sentido, refiere que esa “Guía” se elaboró en cumplimiento a lo establecido, entre otros ordenamientos jurídicos, en la Constitución Federal, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2 1993 *“Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana”*.

113. De conformidad con lo informado por el IMSS, la última actualización del “Procedimiento”, fue el 5 de octubre de 2012, sin embargo, se observa que no se tomó en cuenta la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, la reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y la NOM-010-SSA2-2010, *“Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.”*³³

³³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de noviembre de 2010.

114. En relación con la práctica de la prueba de VIH, el artículo 7.1 de la “Guía”, señala, entre otras cuestiones, que los Médicos de Salud en el Trabajo serán responsables de solicitar estudios de laboratorio, previo consentimiento por escrito del aspirante, además, para residencias médico-quirúrgicas, personal médico y paramédico de áreas de alto riesgo, ***“se deberá requerir la prueba de ELISA para VIH y en su caso prueba confirmatoria.”***

115. En la multicitada “Guía”, se observa un cuadro respecto de los criterios de aptitud con alta demanda física y riesgo de seguridad, de la cual se advierte que, para todas las categorías o puestos, el perfil biológico de las enfermedades transmisibles como el VIH, deben ser negativas todas.

116. Así, para esta Comisión Nacional es trascendental advertir que las disposiciones mencionadas en la “Guía”, son contrarias a los artículos 6.3.2 y 6.3.3 de la referida NOM-010-SSA2-2010, los cuales refieren que la detección de VIH/SIDA: *“No se solicitará como requisito para (...) obtener empleo (...) [o] cualquier otro caso que impida o anule el ejercicio de los derechos de la persona...”* [así como que] *“La detección del VIH/SIDA no se debe utilizar para fines ajenos a los de protección de la salud (...) a menos que sea en acato a una orden judicial.”*

117. Además, los puntos 2, 24 y 25, respecto del Ámbito de Aplicación y las Pruebas de detección, vida privada y confidencialidad, de la citada *“Recomendación 200 sobre el VIH y el Sida y el mundo del trabajo”*, de la OIT, señalan que las pruebas de detección de VIH deben ser verdaderamente voluntarias y realizarse sin coacción alguna, así como que *“no se debería exigir pruebas de detección del VIH ni otras formas de detección del VIH a los trabajadores, con inclusión a los trabajadores migrantes, las personas que buscan un empleo y los solicitantes de empleo”*.

118. También, los puntos 4.6, 5.2, inciso e), y 8.1, del *“Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo”*, establecen una serie de directrices en las que prescribe que: *“No se debería exigir la presentación de diagnóstico relativos al VIH a los solicitantes de un puesto de trabajo...”* tampoco ningún reconocimiento médico ordinario, ni una prueba obligatoria de VIH.

119. En el presente caso, respecto de la práctica de la prueba de VIH que se le realizó a V, AR debió tomar en consideración lo dispuesto en la NOM-010-SSA2-2010. Así, esta Comisión Nacional establece que con la prueba de VIH que se le solicitó y practicó a V durante el procedimiento de selección para acceder a un empleo, contravino lo señalado en la citada norma oficial mexicana, por lo que el acto de autoridad afectó la esfera de los derechos subjetivos de V.

120. Respecto de la prórroga de 6 meses que se le otorgó a V, esta Comisión Nacional advierte que esa situación le generó falsas expectativas de continuar en un proceso de selección para acceder a un empleo, con lo que se establece que AR actuó discrecionalmente, incumpliendo con las formalidades esenciales de un procedimiento.

121. Además, el artículo 7.1 de la *“Guía”*, indica que los Médicos de Salud en el Trabajo serán responsables de informar al aspirante el resultado de Si o No Aptitud, así como de cualquier hallazgo médico de interés para su salud y explicarle ampliamente los motivos que determinaron en su caso la no aptitud, así como su derecho y mecanismo para apelar dicha resolución; sin que de las constancias que obran en el expediente de queja, se advierta documento en el cual se le haya informado a V de los medios de defensa que tenían a su alcance para impugnar la determinación de AR.

122. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, esta Comisión Nacional concluye que V sufrió una restricción a sus derechos humanos, sin

fundamentación y motivación jurídicamente válida, con lo cual se vulneró su derecho a la legalidad.

C. DERECHO AL TRABAJO EN SU MODALIDAD DE IMPEDIR EL ACCESO AL TRABAJO.

123.El artículo 5° constitucional decreta, entre otras cuestiones, que: *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”*

124.El artículo 123 de la Constitución Federal estatuye que: *“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil.”*

125.El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala, entre otras cuestiones, que toda persona tiene derecho al trabajo y a la libre elección de su trabajo.

126.El artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre regula que: *“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.”*

127.El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiere que los Estados Partes *“reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”*

128.El artículo 6 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), establece que los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

129.El artículo 4 de la Ley Federal del Trabajo, mandata que: *“No se podrá impedir el trabajo a ninguna persona ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de estos derechos sólo podrá vedarse por resolución de la autoridad competente cuando se ataquen los derechos de tercero o se ofendan los de la sociedad.”*

130.El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas, reconoce que: *“El derecho al trabajo es un derecho fundamental, [el cual es] esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana (...) sirve (...) a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad.”*³⁴

131.El artículo 9, fracciones III y XXXII de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ordena que se considera como discriminación: *“Prohibir la libre elección de empleo o restringir las oportunidades de acceso”* [y] *“Estigmatizar y negar derechos a personas con VIH/SIDA.”*

³⁴ Observación General 18, p. 1

132.En el párrafo uno de la Observación General 18 del Comité DESC, se menciona que: *“El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad.”*

133.En la misma Observación General se resalta que: *“El ejercicio laboral en todas sus formas y a todos los niveles supone la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado Parte:*

(...) b) Accesibilidad. (...)

*i) En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, **estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA)**, orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible.”³⁵*

134.El derecho al trabajo es un parte inherente a la dignidad humana, lo cual hace posible el desarrollo del proyecto de vida de las personas.

³⁵ “El derecho al trabajo”, p. 12.

Al respecto, la CrIDH decidió que: *“El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”*³⁶

135. De las evidencias que obran en el expediente de queja, se advierte que V era pasante de la carrera de Profesional Técnico Bachiller en Enfermería General, por lo que buscaba acceder a un empleo en relación con su proyecto de vida, el cual le permitiera alcanzar un nivel de vida adecuado.

136. Como quedó expuesto, el IMSS informó a esta Comisión Nacional que celebró contrato con V, en la categoría **Auxiliar Universal de Oficinas**, con adscripción en el HGZ-3, por el periodo del 13 al 14 de septiembre de 2016. Debido a ello, el 5 de diciembre de ese mismo año, esta Comisión Nacional se comunicó con V, quien confirmó dicha información y agregó que personal del IMSS le indicó que, sin que precisara mayor información, se desistiera de su queja, puesto que ya tenía una plaza.

137. Este Organismo Nacional observa que la decisión adoptada por AR, en el Dictamen de Examen Médico de Aptitud para el Trabajo de 10 de agosto de 2015, en el que señaló que V resultó medicamente no apto para realizar las actividades específicas del puesto de trabajo, tuvo como fundamento principal el estado de salud de V, por ser una

³⁶ “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”. Sentencia de 27 de noviembre de 1988, p. 148.

persona con VIH. Dicha restricción fue basada en su condición de salud, por la probabilidad de sufrir un daño a la salud, tanto para la de V y constituir un riesgo para terceras personas en caso de accidentes quirúrgicos, con lo cual se le impidió continuar en el proceso de selección. Así, y en atención a las consideraciones previas de esta Comisión Nacional, respecto de que la autoridad no aportó elementos de convicción que probaran que la limitación que impuso a V era estrictamente necesaria, se concluye que sufrió discriminación por motivo de su condición de salud por ser una persona que vive con VIH, lo cual tuvo como resultado una restricción a su derecho humano de poder continuar en un proceso de selección para acceder a un trabajo en la categoría de Auxiliar de Enfermera en el IMSS.

V. RESPONSABILIDAD.

138.De conformidad con el artículo 1° constitucional, en su párrafo tercero, *“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”*

139.Lo anterior, es acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante el cual el Estado Mexicano ha asumido obligaciones respecto de los derechos humanos consistentes en su respeto, protección y cumplimiento sin distinción alguna.

140.Así, cuando el Estado incumple con sus obligaciones, falta a la misión que le ha sido encomendada, en agravio de quienes integran su sociedad, es ineludible que se actualiza una responsabilidad de las instituciones que le conforman, con independencia de aquella que corresponda de manera particular a los servidores públicos, a quienes

les compete conforme, al marco jurídico aplicable, el despliegue de acciones específicas para hacer efectivos esos derechos.

141. En la presente Recomendación ha quedado expuesta la responsabilidad institucional por parte del IMSS por haber omitido remitir de forma oportuna toda la información y datos solicitados por esta Comisión Nacional, para la investigación del caso, con lo cual se transgredió lo previsto en la fracción XXIV del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

142. Además, se resalta la omisión del IMSS de armonizar su normatividad interna conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes que de ella emanen, de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como del desconocimiento por parte de su personal de la referida normatividad que implica una inadecuada o inexistente observancia de los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, como es en el presente caso de personas que viven con VIH.

143. También queda acreditado en la presente Recomendación, que el proceder de AR, infringió lo previsto en las fracciones I y VI del supracitado artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que apuntan las obligaciones de: *“Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión”* [y tratar] *“...con imparcialidad (...) con las [personas] que tenga relación con motivo”* [de su empleo].

144. Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1º, párrafo tercero y 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6º, fracción III; 71, párrafo segundo, 72, párrafo segundo y 73 párrafo segundo de la Ley de la Comisión Nacional de

los Derechos Humanos, se cuenta en este caso con elementos de convicción suficientes para que este Organismo Nacional, en ejercicio de sus atribuciones, presente queja ante el Órgano Interno de Control en el IMSS, a fin de iniciar el procedimiento administrativo de investigación correspondiente en contra del personal involucrado en los hechos descritos en la presente Recomendación.

VI. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.

145. Una de las vías previstas en el sistema jurídico mexicano para lograr la reparación del daño derivado de la responsabilidad del Estado, consiste en plantear la reclamación ante el órgano jurisdiccional competente, y otra lo es el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos, de conformidad con los artículos 1°, párrafo tercero, 108, 109 y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 44, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que prevén la posibilidad que al acreditarse una violación a los derechos humanos atribuible a un servidor público del Estado, la Recomendación que se formule a la dependencia pública debe incluir las medidas que procedan para lograr la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales.

146. Para tal efecto en términos de los artículos 1, 2, fracción I, 7, fracciones II, VI, VII y VIII, 8, 26, 27, 64, fracciones I, II y VII, 73 fracción V, 74, 88, fracciones II y XXIII, 96, 97, fracción I, 106, 110, fracción V, inciso c), 111, 112, 126, fracción VIII, 130, 131 y 152 de la Ley General de Víctimas y 38 a 41 y demás aplicables del “Acuerdo del Pleno por el que se emiten los Lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral”, de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, al acreditarse violaciones a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, a la legalidad, y al trabajo, se deberá inscribir a V en el Registro Nacional de Víctimas, cuyo funcionamiento está a cargo de la

Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, a fin de que tengan acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral; para ello, este Organismo Nacional remitirá copia de la presente Recomendación a la citada Comisión Ejecutiva.

147. En los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*, de las Naciones Unidas y en diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se reconoce que para garantizar a las víctimas la reparación integral, proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso, es necesario cumplir los principios de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, obligación de investigar los hechos, así como identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.

148. En el *“Caso Espinoza González vs. Perú”*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que: *“(…) toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que la disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado (...) las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.”*³⁷ En el presente caso, los hechos descritos constituyen una transgresión de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de V, que derivó a que V pudiera acceder a un empleo, por

³⁷ Sentencia de 20 de noviembre de 2014, pp. 300 y 301.

lo que esta Comisión Nacional considera procedente la reparación de los daños ocasionados.

I. Rehabilitación.

149.De conformidad con la Ley General de Víctimas, se debe brindar a V la atención psicológica que requiera, la cual deberá ser proporcionada por personal profesional especializado, y prestarse de forma continua hasta que alcance su total sanación psíquica y emocional por la afectación que tuvo al no haber podido continuar en el proceso de selección para la categoría de Auxiliar de Enfermera en el IMSS, por su condición de salud. Esta atención, no obstante, el tiempo transcurrido a partir de que acontecieron los hechos, deberá brindarse gratuitamente, de forma inmediata y en un lugar accesible para la víctima, con su consentimiento, brindando información previa clara y suficiente. Los tratamientos deben ser provistos por el tiempo que sea necesario y deben incluir la provisión de medicamentos. Esta atención durante su desarrollo y su conclusión, podrá ser valorada por el personal con especialidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

II. Satisfacción.

150.La satisfacción comprende en el caso particular, que las acciones y omisiones por parte de personal del IMSS involucrado en los hechos materia de la presente Recomendación, sean objeto de una debida investigación administrativa, a efecto de que se determine conforme a derechos su responsabilidad al haber solicitado y practicado la prueba de VIH a V, haber determinado la No Aptitud por su condición de salud, haberle generado falsas expectativas respecto de la obtención

de un empleo, así como haber omitido notificarle formalmente la dictaminación del proceso de selección en el que participó.

151. Con fundamento en los artículos 1°, párrafo tercero, 3°, párrafo tercero, y 102 apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6, fracción III; 71, párrafo segundo, y 72, párrafo segundo, y 73, párrafo segundo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se cuenta en el presente caso con evidencias suficientes para que este Organismo Nacional, en ejercicio de sus atribuciones, presente queja ante el Órgano Interno de Control en el IMSS, para que inicie e integre la investigación administrativa correspondiente, a fin de que determine la responsabilidad en dicha materia de los servidores públicos que intervinieron en los hechos violatorios a derechos humanos acreditados en el caso.

III. Medidas de no repetición.

152. Consisten en implementar las medidas que sean necesarias a fin de evitar la repetición de hechos violatorios de derechos humanos y contribuir a su prevención, por ello, el Estado debe adoptar todas las medidas legales y administrativas y de otra índole para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las víctimas, por ello, es indispensable que el IMSS, implemente un programa integral de capacitación, en el que se incluya un curso integral respecto de los derechos humanos de las personas que viven con VIH, con el objeto de sensibilizar y enfatizar a los servidores públicos de ese IMSS, la importancia de conocer y aplicar la normatividad nacional e internacional en materia de derechos humanos, a efecto de eliminar las barreras actitudinales que impiden que las personas con VIH puedan ejercer plenamente sus derechos humanos. Dichos cursos también deberán estar disponible de forma electrónica y en línea, a fin de que pueda ser consultado con facilidad.

153. Además, la “Guía” que se encuentra en el “Procedimiento”, debe ser armonizada conforme a los criterios expuestos en la presente Recomendación, a efecto de brindar una mayor protección a las personas que viven con VIH.

154. Se sugiere emitir una circular dirigida a personal del IMSS, para informar que, de conformidad con la NOM-010-SSA2-2010, la detección de VIH/SIDA no se solicitará como requisito para obtener empleo y en cualquier otro caso que impida o anule el ejercicio de los derechos de la persona.

155. Igualmente, en los futuros procesos de selección para ingresar a laboral en el IMSS, éstos deben brindar certeza y claridad del procedimiento que se va a aplicar a los participantes, en congruencia con los estándares jurídicos nacionales e internacionales aplicables en materia de derechos humanos, para que tengan pleno conocimiento, desde la convocatoria, las fases que deben seguir para saber desde un inicio el estatus en el que se encuentren, a efecto de que no se generen falsas expectativas, y, en caso de no estar conformes con los resultados, tengan la oportunidad de conocer los recursos legales a su alcance para impugnarlos.

156. Además, en caso de que, en futuras convocatorias para ingresar a laborar en el IMSS, V desee nuevamente inscribirse y participar en los procesos de selección, no se deberá restringir algún tipo de sus derechos humanos por motivo de su condición de salud, sin que haya alguna causa estrictamente objetiva, razonable y justificable.

En consecuencia, esta Comisión Nacional se permite formular respetuosamente a usted, señor Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, las siguientes:

VII. RECOMENDACIONES.

PRIMERA. Se tomen las medidas procedentes para que, en términos de la Ley General de Víctimas, se repare el daño ocasionado a V, derivado de las violaciones a sus derechos humanos que se han acreditado en la presente Recomendación por parte del personal del Instituto Mexicano del Seguro Social involucrado en los hechos, y se le proporcione atención psicológica y médica especializada, y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

SEGUNDA. Se reforme la “Guía” que se encuentra en el “Procedimiento” conforme a los criterios expuestos en la presente Recomendación, para brindar una mayor protección legal a las personas que viven con VIH.

TERCERA. Se diseñe e imparta un curso integral al personal médico del Hospital General Zona 3, sobre capacitación y formación en materia de derechos humanos de las personas que viven con VIH, para sensibilizar y enfatizar a los servidores públicos sobre la importancia de conocer y aplicar la normatividad nacional e internacional en materia de derechos fundamentales, y eliminar las barreras de actitud que impiden que las personas con VIH puedan ejercerlos plenamente. El contenido del referido curso deberá estar disponible de forma electrónica, para que puedan ser consultados con facilidad, y se remita a esta Comisión Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

CUARTA. Se giren las instrucciones respectivas para emitir una circular dirigida a todo personal del IMSS y al personal médico, en particular, para que, de conformidad con la NOM-010-SSA2-2010, la detección de VIH/SIDA no se requiera como requisito para obtener empleo y en cualquier otra circunstancia que impida o anule el ejercicio de los derechos de la persona, y se remita a esta Comisión Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

QUINTA. Se colabore con esta Comisión Nacional en la presentación y seguimiento de la queja que se presente ante el Órgano Interno de Control en el IMSS, contra AR, relacionada con los hechos de la presente Recomendación, así como del personal que resulte responsable por haber omitido remitir de forma oportuna toda la información y datos solicitados por esta Comisión Nacional, para la investigación del caso, y se envíen a este Organismo Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

SEXTA. Inscribir a V en el Registro Nacional de Víctimas en términos de la Ley General de Víctimas, y se envíen a esta Comisión Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

157. La presente Recomendación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental de hacer una declaración respecto de las conductas irregulares cometidas por servidores públicos en el ejercicio de las facultades que expresamente les confiere la ley como de obtener, en términos de lo que establece el artículo 1º, párrafo tercero, constitucional, la investigación que proceda por parte de las dependencias administrativas u otras autoridades competentes para que conforme a sus atribuciones, se apliquen las sanciones conducentes y se subsane la irregularidad de que se trate.

158. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46, segundo párrafo, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se solicita que la respuesta sobre la aceptación de esta Recomendación, en su caso, sea informada dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación. De no hacerlo así, concluido el plazo, dará lugar a que se interprete que no fue aceptada.

159. Igualmente, con el mismo fundamento jurídico, solicita a usted que, en su caso, las pruebas correspondientes al cumplimiento de la

Recomendación se envíen a esta Comisión Nacional, en el plazo de quince días hábiles, siguientes a la fecha en que haya concluido el plazo para informar sobre su aceptación.

160. Cuando las Recomendaciones no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos quedará en libertad de hacer pública, precisamente, esa circunstancia y, con fundamento en los artículos 102, apartado B, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 15, fracción X y 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, podrá solicitar al Senado de la República o en sus recesos a la Comisión Permanente de esa Soberanía, así como a las Legislaturas de las entidades federativas que requieran, su comparecencia a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

EL PRESIDENTE

LIC. LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ