

***Los derechos humanos y el VIH/SIDA:
una aproximación jurisprudencial***
Manuel Fernández Mateo

323.43 Fernández Mateo, Manuel
F39 Los derechos humanos y el VIH/SIDA: Una
 aproximación jurisprudencial --1ª. ed. -- Teguci-
 galpa: PNUD, 2003.
 25 p.

ISBN 99926-672-1-4

1. DERECHOS HUMANOS 2. SIDA

Colección Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible 18

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Colonia Palmira, Ave. República de Panamá, Tegucigalpa, Honduras. Noviembre, 2003

Diseño y diagramación: Giovani Fiallos
Ilustración de portada: "Figuras" de Luis H. Padilla
(Tomado del *Catálogo de Pintores*, colección Banco Atlántida)

Las ideas expuestas en los Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la visión del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Prólogo

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Honduras, como un aporte destinado a facilitar los procesos de democratización y difusión del conocimiento y la información pertinente para el desarrollo del país, inicia la publicación de tres colecciones: **Visión de País, Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible y Prospectiva.**

Estas series son fruto del trabajo de la Unidad de Prospectiva y Estrategia (UPE) de la oficina del PNUD en Honduras y están destinadas a difundir el pensamiento de académicos, intelectuales, técnicos e investigadores hondureños y extranjeros que desde diferentes perspectivas se enfoquen en la construcción del paradigma del desarrollo humano sostenible.

La difusión y creciente adopción a escala internacional y nacional de un nuevo paradigma del desarrollo humano sostenible, cuya premisa y finalidad es ampliar las capacidades y oportunidades de los individuos, conlleva el desafío de insertarlas y aplicarlas como un eje transversal en la construcción de un proyecto de país. Éste es el propósito de las reflexiones y análisis presentes en cada uno de los trabajos publicados en estas colecciones.

Nuestro propósito es contribuir al análisis y diseño de estrategias y políticas públicas, globales y sectoriales, que reflejen y respondan a la realidad hondureña. Estamos seguros de que la comunidad nacional e internacional encontrarán aquí un espacio para la reflexión y el diálogo en torno a los problemas del desarrollo y el fortalecimiento de la democracia en Honduras.

Jeffrey Avina
Representante Residente
del PNUD en Honduras

Colección de Desarrollo Humano Sostenible

Uno de los principales retos planteados a inicios de este nuevo siglo es la construcción de un nuevo paradigma del desarrollo. Para ello se requieren aportes de carácter científico, académico e intelectual, desde diferentes perspectivas y disciplinas, partiendo de diversos tipos de conocimientos, saberes y experiencias que puedan nutrir e incidir en la generación y aplicación de un *pensamiento de desarrollo humano sostenible* en el contexto nacional, regional y local.

La **Colección de Desarrollo Humano Sostenible** es un aporte de la Unidad de Prospectiva y Estrategias (UPE) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a los procesos de pensamiento y reflexión en torno a los problemas y planteamientos del desarrollo. De tal forma, pretendemos complementar otros esfuerzos realizados por la UPE en esta dirección, tales como la preparación del Informe Nacional sobre Desarrollo Humano en Honduras.

La **Colección de Desarrollo Humano Sostenible** es un espacio abierto para difundir las contribuciones de intelectuales, académicos y técnicos nacionales y extranjeros cuyos trabajos respondan a los parámetros de calidad, originalidad y fundamento a la construcción de este paradigma del desarrollo humano.

Esta serie se propone reforzar las iniciativas de la sociedad hondureña en torno a un proyecto de visión de país y la aplicación del Acuerdo Nacional de Transformación para el Desarrollo Humano Sostenible en el siglo XXI. Nuestro propósito es tender un puente entre el mundo académico y técnico, los intelectuales y los formuladores de políticas públicas para contribuir conjuntamente, a través de las ideas y la praxis, a la formulación de las bases del desarrollo humano en Honduras.

Glenda Gallardo

*Economista Principal PNUD y Coordinadora de la
Unidad de Prospectiva y Estrategia (UPE)*

Índice

Introducción	7
El VIH/SIDA y los derechos humanos ante las jurisdicciones internacionales	7
Los derechos fundamentales en la jurisprudencia comparada	11
Posibles restricciones y limitaciones a los derechos humanos: los conceptos jurídicos indeterminados	10
Derecho a la vida	12
Derecho a la no discriminación	17
Derecho a la privacidad	19
Derecho a la libre circulación de las personas	21
Derecho a la educación	22
Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia	23
Derecho a la información, expresión y asociación	24
Consideraciones finales	25

INTRODUCCIÓN

La magnitud de la catástrofe humanitaria que representa el VIH/SIDA se ve claramente representada en los datos estadísticos publicados por ONUSIDA¹ para el 2002: 42 millones de individuos viven afectados por el virus en todo el planeta, cinco millones de personas infectadas durante el último año, tres millones cien mil seres humanos fallecieron a causa de la enfermedad en el mismo periodo de tiempo.

La aparición del tratamiento antirretroviral a mediados de la década de los años noventa ha conseguido disminuir considerablemente la mortalidad de las personas infectadas por el VIH/SIDA. Como consecuencia ha aumentado el número de individuos que viven afectados por esta enfermedad. La inserción social de estas personas se ha convertido en un desafío global.

La complejidad de la protección de los derechos humanos en relación con el VIH/SIDA es un fenómeno social. Mientras que por un lado se reivindica el respeto de los derechos de las personas que viven con VIH/SIDA, por otro lado, se defienden los derechos de las personas no infectadas a no ser contagiadas en situaciones de riesgo. Como consecuencia, surgen conflictos que requieren una solución.

Las personas conocedoras de la afección promueven que la inserción de los individuos afectados por el VIH/SIDA en todas las facetas de la vida social reduciría la transmisión de la enfermedad. Se argumenta que los afectados no tendrían miedo a aceptar su condición y por lo tanto se realizarían voluntariamente la prueba de VIH/SIDA. Desafortunadamente el temor a dar este paso, a pesar de la presunta confidencialidad, representa el “rechazo” social existente, en otras palabras, se fomenta la “clandestinidad” de los afectados.

“El éxito del tratamiento antirretroviral radica pues en la capacidad individual del paciente. Sin embargo, este es un proceso colectivo. Pacientes, y trabajadores de salud, organizaciones sociales, familiares y amigos, todos juntos deben lograr los propósitos de salud pública que conlleva el suministro del tratamiento antirretroviral.

Se ha observado que en aquellos países donde el tratamiento es efectivo, no sólo se produce un descenso de los indicadores del VIH/SIDA relacionados con la mortalidad y la letalidad, sino que además la conducción misma que representa la mejoría de la calidad de vida de los pacientes tiene como consecuencia el desarrollo del llamado “empoderamiento”, de este modo, la persona que vive con el VIH siente que cuenta con mejor y mayor control de su vida y de su salud y, que cuenta con mayor capacidad para enfrentar las nuevas necesida-

des sociales no resueltas o emergentes.

A este respecto, un activista inglés en el campo de los derechos humanos y VIH/SIDA mencionó una vez que como consecuencia del éxito del tratamiento, a las personas que viven con el VIH/SIDA ya no se les debe enseñar a escribir un testamento, sino ahora más bien se les debe capacitar para redactar una carta de solicitud de empleo”.²

“Denegación, ignorancia, estigma y silencio son todas ellas condiciones que pueden llevar a las personas a involucrarse en comportamiento de alto riesgo, las estrategias de educación pueden convertirse en ineficaces.”³

El SIDA repercute jurídicamente en la medida que afecta a determinadas relaciones sociales susceptibles de involucrar derechos y obligaciones de diferentes individuos. El presente trabajo trata de exponer el desarrollo de los criterios jurisprudenciales relativos a los derechos humanos y a las personas que viven con el VIH/SIDA, es decir, de problemas concretos que se han ido planteando ante los tribunales de justicia.

El VIH/SIDA y los derechos humanos ante las jurisdicciones internacionales

Según la doctrina del derecho internacional, los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes.⁴ Son numerosos los supuestos estudiados por la jurisprudencia que afectan simultáneamente a dos o más derechos reconocidos internacionalmente, bien sea, complementándose o por encontrarse en franca oposición. Los tribunales de justicia proceden a tomar decisiones en función de diferentes criterios. Entre dichas nociones se encuentra su configuración legal, nacional o internacional.

“...Por otra parte, cabe señalar que, como personas humanas, los enfermos de VIH/SIDA también se encuentran amparados por las normas protectoras de derechos fundamentales que se han dictado a nivel internacional. Dichos principios están asentados en la jurisprudencia de esta corte que recoge al efecto los más actualizados y relevantes pronunciamientos de las entidades que se han enfrentado a la situación de los afectados por el VIH/SIDA.”⁵

1 Resumen mundial de la epidemia de VIH/SIDA – diciembre de 2002 ONUSIDA – OMS.

2 Cuadernos de Bioética, 8 de enero de 2003 – Carlos José Valerio. [Http://cuadernos.bioetica.org/comentarios9.html](http://cuadernos.bioetica.org/comentarios9.html).

3 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 4, Número 4, verano 1999 pag. 2-3. <http://www.aidslaw.ca/>.

4 Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. La Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Desde una perspectiva internacional son fuente del derecho: Las convenciones internacionales, la costumbre internacional⁶ y los principios generales del derecho internacional.⁷

Son numerosos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que sin tratar específicamente sobre el VIH/SIDA afectan a esta temática. Algunos de carácter universal como: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ y otros de carácter regional como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Carta Africana de los Derechos y de los Pueblos.

No todos los textos promulgados por las organizaciones internacionales tienen carácter vinculante. Existen diferentes categorías de documentos en función de su naturaleza y su forma de aprobación. Desafortunadamente los producidos sobre el VIH/SIDA de una forma específica tan solo tienen un carácter de recomendación, ética, moral o de interpretación de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de carácter más general, aplicables a esta temática.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre en un primer momento carecía de un carácter obligatorio. Como consecuencia de la práctica continuada, los tratados promulgados posteriormente y su reiterada mención como instrumento interpretativo en numerosas constituciones, tratados y jurisprudencia internacional, ha sido revestida, en algunos de sus preceptos, de poder vinculante bajo el manto de costumbre internacional o como principio general del derecho internacional.

Combinando estos dos elementos: la existencia de tratados internacionales vinculantes sobre derechos humanos aplicables al VIH/SIDA y la proliferación de documentos promulgados por diferentes organizaciones, específicos sobre VIH/SIDA y derechos humanos (pero carentes formalmente de valor vinculante) se puede concluir el papel fundamental que la jurisper-

denia internacional desarrolla en el ámbito del reconocimiento y aplicación material de los derechos humanos, ya sea ante instancias internacionales o ante tribunales locales.

En este marco se han realizado dos Consultas Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos. La primera tuvo lugar del 26 a 28 de julio de 1989 auspiciada por el entonces Centro de Derechos Humanos con la colaboración de la Organización Mundial de la Salud. La Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos se realizó en Ginebra entre el 23 y 25 de septiembre de 1996 bajo los auspicios de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. Como resultado se publicaron las denominadas Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Este documento ha sido un referente en el tratamiento de los derechos humanos dentro de esta temática y nos servirá de guía en la exposición del presente trabajo.

Posteriormente, durante la sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en junio de 2001 se aprobó la denominada "Declaración de Compromiso con el HIV/SIDA":

"La Declaración de Compromiso llama a un cambio fundamental en la respuesta al HIV/SIDA. El HIV/SIDA es ahora visto por los líderes mundiales como una materia que afecta a la economía global, social y a la materia del desarrollo de forma prioritaria, y como la única gran amenaza para el bienestar de generaciones en distintas partes del mundo."⁹

Paralelamente a estos eventos se toman acciones desde diferentes instituciones internacionales que afectan a la normativa local como son: el "Manual para los Legisladores sobre HIV/SIDA, Legislación y Derechos Humanos" o el "Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo".

Históricamente la capacidad procesal ante las jurisdicciones internacionales era una potestad exclusiva de los Estados, como paradigma de este hecho, se puede citar el Tribunal Internacional de Justicia con sede en La Haya.¹⁰ Recientemente han ido proliferando los tribunales en los cuales los individuos se convierten en sujetos del derecho internacional con capacidad de recurrir ante jurisdicciones internacionales. Este proceso ha sido especialmente significativo en el ámbito de los derechos humanos.

El 19 de abril de 2000 tuvo lugar una sesión especial con ocasión de la 52 sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La temática de dicho evento estaba dedicada al tratamiento otorgado al VIH/SIDA por los comités especiales establecidos por las Convenciones sobre Derechos Humana-

5 Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de agosto de 1998, N.A., Y.F., R.B., A.P., R.S., A.G., C.L., G.C., A.M. y F.B. contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, expediente N° 14.625. República de Venezuela.

6 La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. art. 38 de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

7 Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. art. 38.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

8 <http://www.unhchr.ch/hiv/documents.html>

9 International News - United Nations Declaration of Commitment on HIV/AIDS Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review - <http://www.aidslaw.ca/>

10 Consultar contenido de la sentencia realizada por el Tribunal de la Haya en el caso "Barcelona Traction" de 5 de febrero de 1970.

nos. Son de especial interés los comentarios realizados por los representantes del Comité de los Derechos Humanos (Convención Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos). Este órgano puede recibir quejas planteadas por individuos siempre y cuando el Estado haya ratificado el protocolo opcional.

“Subrayó que no se ha registrado ningún caso sobre la violación de un derecho bajo la convención dentro del ámbito del VIH/SIDA. Aunque los recursos internos deben de ser agotados antes de que un caso sea considerado admisible por el Comité, han existido casos en el pasado que han sido declarados admisibles con fundamento en la urgencia y esto puede ser aplicado en caso de un recurrente afectado por el HIV. Finalmente, resaltó la importancia de presentar quejas individuales relativas a la discriminación en el contexto del HIV/SIDA al comité, asegurando que la jurisprudencia pueda beneficiar a individuos en similares circunstancias en casos futuros.”

Asimismo, los representantes del Comité contra la Tortura, comentaron:

“Se llama la atención por el contrario a que el HIV/SIDA es relevante en el marco de los derechos recogidos por la convención, en particular en lo referente a las personas con HIV/SIDA en prisiones o bajo detención, trato inhumano y degradante de personas infectadas o que perciban que están infectadas, así como en relación al derecho de privacidad y libertad de opinión y expresión.”

Entre las conclusiones generales se expresó que:

“... apoyar a las diferentes agencias y a organizaciones no gubernamentales a que participen con los grupos de trabajo precedentes a las sesiones con el propósito de proporcionar información sobre la situación del VIH/SIDA en cada estado parte.”

Aproximación regional: la concesión de medidas cautelares y provisionales en favor de tratamientos “antirretrovirales” otorgadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron establecidas dentro del marco de la Organización de Estados Americanos. Ambas instituciones vienen definidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹ Mientras que la Comisión se identifica principalmente con el concepto de “*autoritas*”,¹² las decisiones de la Corte poseen

“*potestas*”.¹³ Como símbolo de esta relación vertical es requisito necesario que los casos estudiados por la Corte Interamericana, previamente sean analizados por la Comisión.¹⁴

Uno de los principales problemas formales que afronta la jurisdicción internacional es el requisito del “agotamiento previo de los recursos internos”¹⁵ circunstancia que dilata en el tiempo de resolución los procedimientos. Con el propósito de compensar este hecho el artículo 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

“No se aplicarán los recursos de jurisdicción interna cuando: No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

Asimismo el artículo 63.2 establece:

“En los casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinente. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

En el caso “James y Otros”¹⁶ se solicitaron medidas provisionales contra el gobierno de Trinidad Tobago en relación con la protección de la integridad física de determinadas personas condenadas a muerte con fundamento en que:

“Si el estado ejecuta a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Con-

11 La Convención es de fecha 22 de noviembre de 1969 - Artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

12 Artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En Derecho Romano “la *potestas* se relaciona con la fuerza efectiva de hacerse obedecer. La fuerza puede ser fundada en la capacidad coercitiva, en las atribuciones que dan las leyes y en la institucionalidad del estado, y también puede estar fundada en la capacidad económica. En cambio la “*autoritas*”, está relacionada con el conocimiento socialmente reconocido para ser obedecido.” <http://www.geocities.com/CapitolHill/Congress/6658/curso.htm>.

13 Artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

14 Artículo 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

15 Artículo 46.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

vención, al desconocer la autoridad de la Comisión y afectar seriamente a la esencia misma del sistema interamericano (Considerando 2.i)."

Por su parte el reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que entre sus funciones se encuentra:

"c. Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas" (art. 19.c).

Con fundamento en el carácter irremediable ("gravedad") que implica la inaccesibilidad a los medicamentos eficaces, la consideración del derecho a la vida como un derecho absoluto no susceptible de limitaciones y, finalmente, tomando en consideración el éxito de los medicamentos antirretrovirales, la Comisión y la Corte Interamericana están reconociendo de forma generalizada la concesión de medidas cautelares y provisionales a favor del suministro del tratamiento "antirretroviral" por los estados a favor de las personas afectadas por el VIH/SIDA. La importancia de las referidas decisiones se ve reflejada en el cambio de política que se produjo en Costa Rica, donde a raíz de una resolución judicial se generalizó la concesión del medicamento a la población afectada. A pesar de que las medidas cautelares o provisionales se otorgan individualmente en función de las reclamaciones presentadas, es de esperar que su masiva solicitud generalice el suministro del tratamiento gratuito.

En el caso 12249 presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe No. 29/01 Jorge Odir Miranda Cortez y Otros - El Salvador) el 7 de marzo de 2001 referente a la solicitud de tratamientos antirretrovirales para diferentes personas la Comisión expresó que:

"Sin perjuicio de otras acciones que a juicio de su ilustre gobierno sean necesarias, la Comisión considera necesario la adopción de medidas urgentes, a efecto de brindar la atención médica que permita la protección de la vida de Jorge Odir Miranda Cortez y de las demás personas arriba individualizadas. En particular la CIDH solicita que su ilustre gobierno suministre el tratamiento y los medi-

camentos antirretrovirales necesarios para evitar la muerte de las personas mencionadas, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes que permitan fortalecer sus sistemas inmunológicos, e impedir el desarrollo de enfermedades o infecciones."

"Solicitaron entre otras cosas que la CIDH declare el incumplimiento de las medidas cautelares y la solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos... una solicitud de "impulso procesal"... respecto a la regla del agotamiento previo de los recursos internos... Sin embargo, hasta la fecha tal recurso no ha operado con la efectividad que se requiere para atender a sus reclamos de presuntas violaciones de derechos humanos. Han transcurrido casi dos años desde que se planteó la demanda sin una decisión final del órgano jurisdiccional salvadoreño... La Comisión Interamericana concluye que tiene competencia".

En el referido caso y argumentando sobre el fondo del asunto las partes alegaron que:

"El derecho a la vida tiene un contenido mucho más amplio que el de simplemente no-morir como consecuencia de una acción u omisión atribuible, según las normas de derecho internacional, a un Estado. El derecho a la vida, es de contenido mucho más amplio, presupone inter alia que la vida se desarrolle en condiciones de calidad tales que permitan el desarrollo de la personalidad".

Con fecha 16 de agosto de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares para proteger el derecho a la vida y a la salud de doce guatemaltecos afectados por el VIH/SIDA. Las medidas ordenan al gobierno de Guatemala que:

"...brinde atención médica; que se les suministre un tratamiento adecuado y los medicamentos antirretrovirales indispensables para su supervivencia; exámenes médicos que permitan evaluar de manera regular su estado de salud y que los nombres de las víctimas sean reservados en forma confidencial".¹⁷

Desafortunadamente estos requerimientos no fueron cumplidos. Posteriormente se solicitaron medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los países en que hasta la fecha, distintas organizaciones e individuos, han solicitado la adopción de medidas cautelares dentro del Sistema Interamericano son: Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador,

16 Medidas provisionales adoptadas por el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 1998. El 27 de mayo se aprueban medidas urgentes y finalmente el 14 de junio de 1998 la corte emitió una resolución por la que se ordenaba a Trinidad Tobago que tomara todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de los recurrentes.

17 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional – CEJIL <http://www.cejil.org/>.

Perú, Bolivia, Ecuador y República Dominicana.

Actualmente, se procesan más de 100 demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los mismos motivos. La inobservancia de las medidas cautelares crearía un escándalo internacional.¹⁸

Como consecuencia de esta situación, diferentes organizaciones defensoras de los derechos humanos (Atlatl, Aguabuena, LACCASO y CEJIL) presentaron el 16 de octubre de 2002, un informe ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el referido documento, entre otras cosas, se solicitaba el nombramiento de un relator capaz de monitorear la situación de las personas que viven con VIH/SIDA en América latina y el Caribe y el seguimiento a nivel nacional de las medidas cautelares dictadas por el Sistema Interamericano.

Actualmente la mayoría de los casos se encuentran en procedimientos de ejecución de las medidas, cautelares o provisionales, por lo que no se puede confrontar de forma generalizada su aplicación. En El Salvador la responsable del Programa Nacional contra el SIDA del Ministerio de Salud, Gladys Bonilla declaró: “Nosotros hemos cumplido con las medidas cautelares.”¹⁹

Aunque existen otras jurisdicciones regionales e internacionales que abordan esta temática, por limitaciones de espacio no procederemos a su estudio.

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia comparada

Posibles restricciones y limitaciones a los derechos humanos: los conceptos jurídicos indeterminados

Como ya se ha expuesto al inicio del presente trabajo, los derechos humanos se ejercitan de una manera interdependiente, en ocasiones determinados comportamientos hacen colisionar unos con otros:

“82. Según la normativa internacional de los derechos humanos los Estados pueden imponer limitaciones a algunos derechos en circunstancias estrictamente definidas si es necesario para alcanzar objetivos primordiales como, por ejemplo, la salud pública, los derechos de los otros, la moralidad, el orden público, el bienestar general en una sociedad democrática y la seguridad nacional. Algunos derechos son inderogables y no pueden limitarse en ninguna circunstancia”.²⁰

Las condiciones para que se dé esa limitación son: que exista una tipificación legal que se base en un interés legítimo y que sea proporcional a ese interés.

Jurídicamente es práctica común encontrar limitaciones a los derechos fundamentales mediante lo que se denomina “conceptos jurídicos indeterminados”,

como son la salud pública, el orden público, urgencia, justo precio, calamidad pública, seguridad nacional. Estos conceptos de definición ambigua, se practican atendiendo a las circunstancias económicas, sociales y culturales en que una sociedad se encuentra en un momento determinado. La aplicación de estas nociones no puede ser en ningún caso arbitraria:

“...Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución. A diferencia de la potestad discrecional, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, sólo una solución será la justa, con exclusión de otra. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la situación a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite...”²¹

De estas líneas se extrae que los mencionados conceptos no son expresión de una potestad ilimitada del poder administrativo sino, muy al contrario, una forma de adaptar los términos, en ocasiones rígidos, de la ley ante circunstancias imprevistas o ambiguas de tiempo y lugar. Se persigue aplicar la “única solución justa”. Esta relación entre justicia y derecho renueva una imagen del pasado proveniente de regímenes autoritarios donde el orden público o la salud pública se convertían en cajón de sastre de decisiones no fundamentadas en derecho constitucional.

Recientemente en la India causó alarma una sentencia de su Tribunal Supremo que limitaba el derecho a contraer matrimonio de las personas afectadas por VIH/SIDA (posteriormente la jurisprudencia cambió de línea argumental). En la referida sentencia se establece una interpretación restrictiva de un derecho en confrontación a otro derecho con fundamento en un concepto jurídico indeterminado.²²

“Como uno de los derechos humanos básicos, el derecho a la privacidad no es tratado de una manera absoluta y se encuentra sujeto a estas acciones

18 “El Nacional , Interactivo” <http://proyectozenix.org/> - Lunes 26 de Agosto de 2002.

19 <http://www.angelfire.com/il/cemujer/page58.html>.

20 EL VIH/SIDA y los Derechos Humanos Directrices Internacionales - septiembre de 1996.

21 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo” Tomo I, Página 443 y siguientes.” <http://www.csj.gob.sv>.

22 Reportable – 425/98. In the Supreme Court of India Civil Appellate Jurisdiction – no. 4641 de 1998.

que puedan ser legalmente tomadas para la prevención del crimen o el desorden o la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos a la libertad de otros, ya que el “derecho a la vida” incluye el derecho a llevar una vida saludable así como a disfrutar de todas las facultades del cuerpo humano en sus funciones principales, los aludidos, con su revelación de que el apelante era HIV(+), no se puede decir que incurrieran, de ninguna manera, en una violación de las normas sobre confidencialidad o el derecho de privacidad. Aún más, cuando se produce una colisión de dos derechos fundamentales, como en el caso presente, a saber, el derecho del apelante a la privacidad como parte del derecho a la vida de la señorita “Y”, derecho a llevar una vida saludable que es su derecho fundamental bajo en artículo 21, el derecho a que pueda promover la moralidad pública y en interés público, podría solamente ser ejecutado a través del proceso judicial, por la razón de que consideraciones morales no pueden permanecer en “dique seco” y no se espera que los jueces sean estructuras mudas de arcilla, sitas en un recipiente, conocido como el hemiciclo de la corte, sino que tienen que ser sensibles, en el sentido de que deben mantener sus dedos firmemente sobre el pulso de la moralidad aceptada de los tiempos” (ver: *Deberes Legales:Allen*)”.

La confrontación de derechos propia de la realidad social sitúa, en ocasiones, al individuo frente a la sociedad. El desarrollo del derecho ha creado figuras jurídicas intermedias en las que grupos sociales aparecen como tenedores de derechos (tal es el caso de los derechos colectivos y difusos como son los derechos de las minorías étnicas o el medio ambiente). El Estado ya no es la única entidad responsable de tutelar los derechos de diferentes grupos sociales sino que surgen grupos independientes dotados de identidad jurídica propia por circunstancias ajenas a su voluntad. El dinamismo de la sociedad contemporánea ha

23 En lo relacionado con la privación del derecho a la vida es de destacar la limitación establecida en el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 referente al posible carácter “arbitrario”. Bajo esta formula determinados países admiten la privación mediante decisiones judiciales o atendiendo a la defensa propia.

24 “El aborto como violación del Derecho a la Vida” –Carolina Gallegos Steinworth y Andrea Montvelisky Rochwerger. <http://comunidad.derecho.org/aulavirtual/>.

25 Artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1948. Artículo 3 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículos 6.1, 7 y 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966. Artículo 15 del Pacto Internacional sobre Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Artículo 6 Convención sobre los Derechos del Niño. Principios 1,2,3 y 4 de la Declaración de los Derechos del Niño – Resolución 1386 (XIV) de 1959.

reassignado el concepto clásico de soberanía de los Estados como lo demuestra el hecho de no ser ya los únicos sujetos del derecho internacional. Cada vez con más fuerza proliferan las jurisdicciones internacionales que admiten la capacidad procesal de individuos o grupos sociales. Algunas organizaciones internacionales asumen múltiples competencias soberanas de los países miembros y en el interior de los estados surgen poderes autónomos que reclaman competencias. Esta proliferación de la división de competencias (poderes) y el control que ejercen unos sobre otros, ha logrado dotar de nuevo contenido a los conceptos jurídicos indeterminados como el “orden público” o la “salud pública”.

El derecho a la vida

En este epígrafe se analiza el carácter absoluto que la jurisprudencia internacional ha otorgado al del derecho a la vida. Asimismo, consideramos apropiado estudiar la calificación jurídica que ha tenido su protección en relación con el VIH/SIDA. Finalmente se tratará el caso de los contagios negligentes y dolosos.

a. Concepto

El derecho a la vida se configura como uno de los derechos fundamentales del ser humano. Se caracteriza por su carácter absoluto e irrenunciable.²³ Numerosos autores consideran que debido a su status de “condición necesaria”, el derecho a la vida se sitúa en la cúspide de los derechos fundamentales. “La vida es el requisito *sine qua non* para que exista la vida humana”.²⁴ Sin entrar en la discusión acerca de si existe una jerarquía o no en la aplicación de los derechos fundamentales, es reconocida la importancia del mismo.

Los derechos fundamentales no se otorgan o conceden por el derecho, sino que se reconocen porque son inherentes a la persona humana en función de su dignidad. De ahí que, el derecho a la vida (en sus diversos aspectos estudiados en este epígrafe) se encuentre recogido en numerosos instrumentos internacionales.²⁵

La jurisprudencia comparada ha interpretado este principio en relación con el VIH/SIDA de la siguiente forma:

“Que siendo la vida un derecho inherente a la persona humana, es decir, un derecho de la personalidad que la doctrina ha reconocido existir por su propio valor moral, con independencia de que el legislador lo haya proclamado (José Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, pág. 169); tal derecho debe ser respetado por todos y, en particular, por quien ha declarado solemnemente garantizar o asegurar a todas las personas el derecho a la vida».

Analizando la inminencia de la muerte de los recurrentes (hecho anunciado por los profesionales de la salud), en caso de no recibir tratamiento antirretroviral, no es posible aceptar que, quien está al servicio de la persona humana y ha asumido, entre otras muchas otras políticas de Estado, la obligación de combatir las enfermedades de transmisión sexual –entre las que se encuentra expresamente considerado el SIDA- observe o contemple sin intervenir, como precisamente, esas mismas personas a quienes asegura el derecho a la vida, la pierden.

Que en relación con la falta de recursos: esta argumentación no es aceptable, por cuanto, como ya se señaló, el derecho a la vida es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial.²⁶

Es importante señalar que numerosos estados recurren a la limitación de existencias farmacéuticas para negarse a otorgar de una manera generalizada el tratamiento médico necesario a las personas afectadas por el VIH/SIDA. La jurisprudencia internacional tiende a recalcar que el derecho a la vida es una función primordial del Estado que no admite restricciones patrimoniales. En esta área de trabajo la función judicial simboliza la justificación de un control sobre los poderes ejecutivo y legislativo en la protección del los derechos fundamentales de un sistema democrático. El aislamiento, que formalmente el poder judicial o las cortes constitucionales tienen respecto a intereses de distinta índole, justifica que, por ejemplo, se considere más importante la dotación presupuestaria a medicamentos “antirretrovirales” que la compra de armamento o la celebración de eventos sociales de diferente naturaleza:

“12° Que, las dos razones principales dadas por los recurridos para explicar su inacción, es decir: a) que la insuficiencia de recursos para abordar los tratamientos farmacológicos, ha determinado la necesidad de establecer normas técnicas que fijen la prioridad de acceso a ellos; y, b) que la ley 18.469, norma que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, establece en su artículo 11, que las prestaciones comprendidas en dicho régimen serán otorgadas por los organismos que dependen del Ministerio de Salud, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, no justifican su proceder según se pasa a exponer.

13° Que en relación a la falta de recursos: esta argumentación no es aceptable por cuanto, como ya se señaló, el derecho a la vida es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial.

En efecto, se encuentra amenazado el derecho a la vida de los recurrentes desde el momento que se reúnen tres elementos: a) los recurridos saben que los recurrentes son portadores del virus de inmunodeficiencia humana, (VIH); b) los recurridos saben que los portadores del virus VIH requieren para poder vivir, tratamiento antirretroviral; y c) no otorgan a los recurrentes, a pesar de haber éstos solicitado, los medicamentos requeridos para el tratamiento señalado.”²⁷

“El más supremo de los bienes jurídicos del individuo (la vida), está protegido como derecho humano de la forma más amplia posible, tanto en el ámbito nacional como internacional. El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Supremo Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. Asimismo la preservación de ese derecho a toda costa es un fin que el ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el cual debe adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, con estricta rigurosidad, de titulares de ese derecho. Se trata, por tanto, de la configuración del derecho a la vida con un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad. De allí que, en la garantía de ese preciado bien juega un papel fundamental una política de Estado en materia de salud pública. Por ello, en el caso de autos, las obligaciones que se imponen al poder público en materia de prevención y tratamiento del VIH/SIDA resulta fundamental.”²⁸

b. Las personas afectadas por el VIH/SIDA y su consideración legal como individuos que sufren invalidez²⁹

En los Estados Unidos de América se ha desarrollado una línea jurisprudencial que permite a las personas afectadas por el HIV/SIDA acogerse a la ley “Americanos con Discapacidades” siempre que se alegue que el virus/enfermedad puede limitarles en una o varias

26 Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, sentencia del 28 de agosto de 2001, Rol 3025-2001.

27 Sentencia de 8 de junio de 2000 T de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile - autos acumulados, doña NAYADE ORIETTA ROJAS VERA; don MANUEL ORLANDO FARIAS DONOSO; y, don JUAN PABLO AMESTICA CACERES, N° 3.025-2.001.

28 Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela 14 de agosto de 1998, N.A., Y.F., R.B., A.P., R.S., A.G., C.L., G.C., A.M. y F.B. contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, expediente N° 14.625.

actividades primordiales de su vida.³⁰ Por el contrario se entiende que no se pueden acoger a esta ley cuando las discapacidades pueden ser corregibles.³¹ Los requisitos para ser subsumido dentro de la tipología de la referida ley contemplan que exista un “deterioro físico o psíquico” que produzca una “sustancial limitación en un actividad vital principal.”

c. El derecho a disfrutar de los adelantos científicos y sus beneficios. El derecho a la seguridad, la asistencia y el bienestar

El reconocimiento formal del acceso a los medicamentos como un derecho humano se origina en esta área de trabajo en abril de 2001 durante la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.³² En dicho evento Brasil presentó una propuesta con la finalidad de que se reconociera un derecho internacional relativo al acceso de los avances científicos. La iniciativa fue aprobada por 52 votos a favor, ninguno en contra y la abstención de los Estados Unidos de América.

Estados Unidos considera que la resolución viola las normas internacionales sobre propiedad intelectual.³³

Dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio se ha aprobado el convenio TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights). Este acuerdo promueve el respeto a los derechos sobre la

propiedad intelectual a nivel mundial. El desarrollo de medicamentos genéricos en algunos países ha conseguido abaratar el acceso a tratamientos “antirretrovirales” de multitud de afectados. Cuestiones como el establecimiento de las patentes obligatorias que tratan de limitar el derecho a que una empresa retrase la explotación comercial de un medicamento nuevo, y las medidas que promueven el respeto a las importaciones paralelas que se orientan a facilitar la importación de los mismos productos vendidos más baratos en otras partes del mundo, facilitan el acceso a los avances científicos de las personas afectadas por el VIH/SIDA.

Recientemente se está denunciando la proliferación de medidas comerciales promovidas por determinados países desarrollados con una fuerte presencia de laboratorios farmacéuticos. Estas iniciativas afectan a los países que no respetan el TRIPS, (bien sea por producir internamente medicamentos genéricos o por otros motivos).³⁴

Para algunas instituciones, el Área de Libre Comercio de las Américas supone la posible creación de un TRIPS *plus*.

Por estas razones, en noviembre de 2001, los ministros de comercio, reunidos en Doha Qaar, declararon que el TRIPS debería de interpretarse e implementarse de manera que:

“...apoye el derecho a proteger la salud pública de los miembros de la OMC y, en particular, el derecho a promover el acceso a los medicamentos para todos.”³⁵

“Nosotros estamos de acuerdo con que el acuerdo TRIPS no impide ni debería impedir a los miembros tomar medidas para proteger la salud pública. Por lo tanto reiterando nuestro compromiso con el acuerdo TRIPS, afirmamos que el acuerdo puede y debe de ser interpretado y ejecutado de manera que apoye el derecho de los miembros de la Organización Mundial del Comercio de proteger la salud pública, y en particular de promover el acceso de medicinas para todos. En este sentido, nosotros reafirmamos el derecho de la Organización Mundial del Comercio a usar, en su totalidad, las medidas del acuerdo TRIPS que prevén flexibilidad en este sentido”.

En esta línea argumental la ley 90 de 1997 promulgada en Sudáfrica³⁶ promocionó el acceso a medicamentos más baratos para el sector público y privado. Entre las medidas que se propusieron estaban: permiso para la realización de importaciones paralelas de medicamentos, control del precio de los medicamentos y sustitución por medicamentos genéricos.

La referida normativa fue objeto de recurso, “Pharmaceutical Manufacturer’s Association of South Africa and Others v. The President of the Republic of

29 “Con respecto a los restantes derechos invocados (*derecho a la salud, derecho a la vida y a la ciencia y la tecnología*) estima la Sala que -de acuerdo con los términos planteados por los actores- los mismos se encuentran estrechamente vinculados en este caso. Así, el derecho a los avances de la ciencia y la tecnología, permitiría a los enfermos de VIH/SIDA una garantía de preservación de las condiciones mínimas vitales (derecho a la salud), lo que, en estos casos, significaría la posibilidad de alargar la vida de estos pacientes, y a largo plazo una eventual cura del mal que les aqueja. Por ello, se hará un tratamiento conjunto de estos derechos.” Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de agosto de 1998, N.A., Y.F., R.B., A.P., R.S., A.G., C.L., G.C., A.M. y F.B. contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, expediente N° 14.625.

30 *Abbot v. Bragdon*, 524 U.S. 624 (1998) USA jurisdiction (<http://supt.law.cornell.edu/>).

31 *Sutton v. United Airlines*, 1999 WL 407488; *Alberston, Inc v. Kirkingburg* 1999 WL 407456. USA JURISDICTION.

32 Recogido en el artículo 15.1.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

33 El área de Libre Comercio de las Américas: La Propiedad Intelectual y su Impacto en el Acceso a Medicamentos – Guillermo Murillo (Diciembre 2002) <http://www.aguabuena.org/articulos/freetradelatam.html>.

34 “Continuando con la presión de Estados Unidos, República Dominicana se vio obligada a revisar sus leyes de propiedad intelectual en junio de 2001, pero pese a los cambios realizados la industria farmacéutica estadounidense incitó al gobierno estadounidense a revisar los beneficios otorgados a ese país, bajo el sistema de preferencias generalizado.” Acceso a Medicamentos – Guillermo Murillo (Diciembre 2002) <http://www.aguabuena.org/articulos/freetradelatam.html>.

35 Acceso a Medicamentos – Guillermo Murillo (Diciembre 2002).

36 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 4, 2001 pag. 4. <http://www.aidslaw.ca/>.

South Africa the Hon. Mr. NR Mandela and Others”, caso 4183/98, Tribunal Superior de Sudáfrica. Finalmente, tras la presión pública ejercida, las empresas farmacéuticas decidieron llegar a un acuerdo amistoso y retirarse del proceso judicial.

d. El derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes: La problemática de las penitenciarias y otros centros de detención

La conceptualización del derecho a la vida como irrenunciable e inderogable, así como el hecho de no estar sujeto a restricciones patrimoniales, justifica la concesión del tratamiento a personas afectadas por el VIH/SIDA aunque no se encuentren cubiertos por sistemas de seguro público o privado. Otra interpretación podría incurrir en una segregación social de un derecho fundamental, cuya discriminación convertiría el trato otorgado a estas personas en inhumano y degradante:

“En El Salvador, el caso se complicó por el hecho de que de las 2500 personas con SIDA no todas pertenecen al sistema de medicina estatal. Quizás dos tercios carecen de seguro. “Es muy importante ver como esto se desarrolla” dijo Stern., ya que la situación es similar a la de muchos países latinoamericanos donde sólo una parte pequeña de individuos tiene acceso al sistema de salud estatal”.³⁷

En determinados supuestos el trato inhumano puede originarse en la misma familia. Recientemente un tribunal británico dirimió un caso en el que un padre se negaba a someter a tratamiento antirretroviral a su hija menor de edad enferma de SIDA. Finalmente se decidió permitir que la niña viviera con el padre pero permaneciendo bajo la guarda de la Corte.³⁸

Penitenciarias y otros centros de detención

Los datos sobre la situación de la enfermedad dentro de las prisiones alcanzan en algunos casos niveles alarmantes:

“Según datos oficiales en Argentina 5 de cada 1.000 mujeres embarazadas están viviendo con VIH, y se estima que en las prisiones casi 20 de cada 100 reclusos estaría infectado”.³⁹

Al privar a una persona de su libertad el Estado asume la responsabilidad del respecto a su integridad física.⁴⁰ Esta doctrina ha sido tradicionalmente reiterada por los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos de América:

“Al gobierno se le requiere cuidar de los prisioneros, los cuales no pueden debido a la privación de

libertad, cuidarse por si mismos”.⁴¹

Son múltiples los instrumentos internacionales que, de forma general o específica, tratan sobre los derechos de las personas privadas de libertad.⁴² Por su trascendencia señalaremos los artículos veintidós y siguientes de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos - 1955. En estos preceptos se recoge el deber de transferir a las personas que requieran un tratamiento médico especial. En los Estados Unidos de América, las personas privadas de libertad que no sean encausadas se pueden acoger a la decimocuarta enmienda constitucional que prohíbe la denegación de la vida, la libertad y la propiedad sin el debido proceso.

En el caso Sullivan v. County of Pierce⁴³ se aborda la situación de un recluso enfermo del VIH/SIDA al que le fue denegado el tratamiento combinado completo de medicamentos debido a que la farmacia de la penitenciaría carecía de existencias de este tipo durante dos días. La corte decidió que este comportamiento representaba una “deliberada indiferencia”:

“Es de conocimiento médico general que los enfermos de SIDA que toman el inhibidor protésico como parte del cóctel de medicamentos tienen que permanecer en estricto cumplimiento con ese régimen todo el tiempo y sin excepción so pena de que el cóctel se vuelva no ineficaz”.⁴⁴

37 Richard Stern Asoc. Agua Buena rastern@sol.racsa.co.cr.

38 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 7, Número 1, July 2002 pag. 53. <http://www.aidslaw.ca/>.

39 INFORME: SITUACIÓN DEL SIDA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA.

AUTOR: Dr. Fernando Ratzwilowski fundación descida <http://www.laccaso.org/pdfs/miniarg.pdf>.

40 Esta responsabilidad de produce desde el momento de la detención por lo que afecta a presos o personas sometidas a arresto o detención.

41 Spicer v. Williams, 1991 N.C. 487 (1926) <http://www.aegis.org>.

42 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”). Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

43 Sullivan v. County of Pierce, 2000 U.S. App. LEXIS 8254 (9th Cir. 2000).

44 2000 U.S. App. LEXIS 8254 (9th Cir. 2000) <http://www.aegis.org>.

Esta misma línea jurisprudencial fue seguida en: *McNally v. Prison Health Services*, 46 F. Supp. 2d 49 Dist. Ct. Maine, 1999. Desafortunadamente y a la espera de que la Corte Suprema consolide sus pronunciamientos, también se encuentran decisiones judiciales contradictorias respecto al retraso en el suministro de medicamentos.

En 1989, un tribunal afirmó que los centros de detención en Toronto se están convirtiendo en inhumanos. Este caso y otros casos similares han demostrado que los tribunales canadienses están deseosos de escrutar las acciones o no acciones de las autoridades de la prisión en el área del HIV/SIDA.⁴⁵

Recientemente se dio un supuesto en una penitenciaría de Canadá donde un recluso seropositivo se resistió a la autoridad de un guardia, se realizó un corte y untó su sangre sobre el cuerpo del oficial amenazándole con que tenía el VIH/SIDA. El interno finalmente fue condenado por delito de asalto y amenazas.⁴⁶

La Corte Suprema de Venezuela amparándose en un instrumento regional introduce, a nuestro parecer, confusión conceptual al interpretar muy restrictivamente determinados conceptos jurídicos internacionales. A pesar de que es cierto que en la definición internacional sobre la “tortura”⁴⁷ se mencionan posibles elementos de carácter político como la obtención de información, no podemos olvidar que también se recurre a “cualquier tipo de discriminación”, consideración posible de ser incluida en esta tipología. Asimismo la valoración sobre el “trato inhumano o de-

gradante”,⁴⁸ desafortunadamente se encuentra influenciada por apreciaciones subjetivas, condicionadas por concepciones sociales regionales. En cualquier caso nos parece que no puede haber nada más inhumano que la negación de un tratamiento médico a un recluso cuya única alternativa es la muerte.

“Esta disposición constitucional prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la actuación u omisión del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Los conceptos de «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, conceptos graduales de una misma escala que, en todos sus tramos, generan, sean cuales fueren los fines, padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto pasivo. En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 (en vigor desde el 28 de febrero de 1987, y ratificada por Venezuela el 26 de agosto de 1991) define la tortura como “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (art. 2). De manera que, entiende la Sala que para que el trato sea «degradante» o «inhumano», aparte de ser intencional, debe ocasionar también al interesado un sufrimiento de una especial intensidad, una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad, distinto y superior al que suele llevar aparejada la relación entre el administrado o la administración. No lo sería así, por ejemplo, la imposición de condena, y el daño implícito en la misma. De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 60, ordinal 3º, de la Constitución y en el ordenamiento internacional, la presunta actuación omisiva de la administración sanitaria, que no está dirigida a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de los enfermos de VIH/SIDA, ni mucho menos existe fin alguno por el cual se pretenda obtener de los enfermos alguna información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido. En consecuencia, objeti-

45 The Canadian HIV/AIDS Legal Network at Geneva 98, Promocionando los Derechos de los Presos. <http://www.aidslaw.ca/>.

46 <http://www.aidslaw.ca/Maincontent/otherdocs/Newsletter/January1996/05brunoE.html> [11] Québec Superior Court, District of Québec, file no 200-01-008541, unreported, 1993. 1 R v Lessieur [11].

47 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984: “Artículo 1. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

48 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984: Artículo 16. 1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13 sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

vamente no estamos en presencia de indicio alguno de vejación e indignidad. Así se declara.

e. Derecho a la vida de las personas no infectadas: responsabilidad criminal y civil por contagios negligentes y dolosos

En el caso “Robb v St Joseph’s Health Center” se planteaba el retraso en la introducción por parte de las instituciones del gobierno de Canadá de la técnicas modernas de tratamiento de la sangre con calor para ser utilizada en transfusiones dirigidas a personas hemofílicas. Tras el estudio de los hechos se decidió absolver al gobierno y a la Cruz Roja. Se consideró apropiado ya que el periodo de tiempo que se dilató en introducir estas técnicas se debió al plazo necesario para obtener las evidencias médicas del fabricante para decidir sobre la seguridad y eficacia del producto:

“Incluso asumiendo que Canadá, como ente supervisor de los productos sanguíneos, tiene el deber de seguir el debido proceso (como se estableció por el juez de primera instancia), no estamos satisfechos de que haya ninguna base en la prueba para encontrar que Canadá rompió este deber”.⁴⁹

En el caso *Patricio v. Patricio* (Reino Unido) se reconoce el derecho a la compensación de una esposa infectada por su marido. El cónyuge era consciente de su estado de seropositividad en el momento de contraer matrimonio, por el contrario la esposa desconocía esta circunstancia. Asimismo una reciente sentencia dictada en Escocia reconoce el derecho a ser compensado (además de, en su caso, la privación de libertad) en el supuesto de que una persona infecte a otra durante el acto sexual. Contrariamente se reduce a la mitad la compensación establecida legalmente por ser “negligente con su propia seguridad” al no utilizar preservativo durante la relación.⁵⁰

En algunos países se ha condicionado la entrega de fondos federales a la tipificación criminal de comportamientos de personas infectadas por el virus que se ven involucradas en actividades de riesgo de transmisión voluntaria del virus.⁵¹ Igualmente se está procesando a transmisores del virus bajo tipologías delictivas generales como pudieran ser los asaltos o crímenes análogos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido en sucesiva jurisprudencia que el tener relaciones sexuales sin protección, con conocimiento del estado de seropositividad por parte del portador y desconocimiento de la persona no infectada, constituye delito de agresión.⁵²

La Corte Superior de Apelación de Baviera (Alemania)⁵³ reconoce la exigencia del consentimiento en la medida en que en el caso estudiado se tuvieron rela-

ciones sexuales sin protección a petición de la persona no infectada pero con conocimiento mutuo del estado de seropositividad. Los requisitos establecidos por la corte para otorgar el consentimiento válido son:

- a. El demandado no es la única persona que tiene control sobre las acciones que tienen lugar.
- b. El compañero sexual se encuentra informado sobre los riesgos adjuntos.
- c. El compañero sexual tiene la madurez suficiente para evaluar el riesgo en que se ve involucrado.

Esta última sentencia, hasta la fecha, no ha sentado línea jurisprudencial.

Derecho a la no discriminación⁵⁴

Las áreas donde de una forma más estrecha se detecta una discriminación social en relación con el VIH/SIDA son: Tratamiento de la salud, acceso al bienestar, acceso a servicios públicos, trabajo, alojamiento, inmigración, viajes y actividades comerciales.⁵⁵

a. Discriminación Laboral

La Organización Internacional del Trabajo publicó en el 2001 el Denominado Repertorio de Recomendaciones sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo. Entre sus principios fundamentales el artículo 4.2. procura acabar con esta discriminación:

“Con arreglo al principio de trabajo decente y del respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas o afectadas por el VIH/SIDA, no debería haber discriminación alguna contra los trabajadores basada en una infección por el VIH real o supuesta. La discriminación y el rechazo (estigmatización) de las personas que viven el VIH/SIDA entorpece gravemente en empeño de prevenir la epidemia”.

⁴⁹ Robb v St Joseph’s Health Center - Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 3, marzo 2002 pag. 63. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁵⁰ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 3, marzo 2002 pag. 73. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁵¹ Código U.S. Título 42.

⁵² R v. Cuerrier , 1998 2 SCR 371 , Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strftsachen, decisions of the Criminal Law Section of the federal Supreme Court, vol 36 at 1 et seq.

⁵³ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Bavarian Superior Appellate Court en NJW 1990 en 131.

⁵⁴ Artículo 1,2, 7, 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículos 2,3,24 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966. Artículos 6 y 10 del Pacto Internacional sobre Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁵ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 4, Número 4, verano 1999 pag. 2. <http://www.aidslaw.ca/>.

En el caso de las profesiones relacionadas con el trabajo odontológico el Tribunal de Apelación de los EEUU circuito n°11 caso *Onishea v. Hopper* (1999) ha tenido una aproximación restrictiva:⁵⁶

“Cuando el efecto adverso es el contagio de una enfermedad fatal, el riesgo de transmisión puede ser significativa incluso si la probabilidad de transmisión es baja: La muerte en sí misma hace el riesgo “significativo” cuando la transmisión de una enfermedad inevitablemente implica la muerte, la evidencia apoya que se da el “riesgo significativo” (1) que un evento puede ocurrir y (2) conforme a una opinión médica fiable el evento puede transmitir una enfermedad...”.

Asimismo, los Tribunales norteamericanos han desarrollado una línea jurisprudencial relativa a la posibilidad de que un individuo con invalidez pueda suponer una “amenaza directa” o daño contra otros. Ante estos hechos se argumentó:

Bajo las directrices promulgadas por la “Seguridad Ocupacional y Administración de la Salud” (OSHA) en 1991, el uso de “Precauciones Universales” ha sido juzgado apropiado para considerar los lugares de trabajo razonablemente seguros respecto a la transmisión de patógenos nacidos de la sangre como el HIV. La OSHA ha identificado los fluidos corporales que transmiten el HIV y, significativamente, la saliva no se encuentra entre ellos. No es sorprendentemente, entonces, que casos en los que se dirime el acceso a la primaria y programas escolares, incluso con niños de una edad en la que morder es una rutina, se ha decidido en normar a favor de los niños con HIV”.⁵⁷

Igualmente se puede apreciar que numerosas empresas argumentan razonamientos jurídicos secundarios cuando se niegan a contratar personas afectadas por el VIH. Subsidiariamente exponen el motivo principal:

“Bajo pruebas médicas, una persona asintomática del virus HIV puede realizar el trabajo de un asistente de cabina de una forma completa... Incluso las personas inmunodeficientes no están inclinadas a infecciones oportunistas y pueden ser vacunados contra la fiebre amarilla en tanto en cuanto su nivel

de CD4+ permanezca sobre un determinado nivel... El devastador efecto de la infección del HIV y la intensa falta de conocimiento sobre él, ha producido una profunda ansiedad y una considerable histeria. El temor y la ignorancia nunca pueden justificar la denegación a todas las personas que son HIV positivas del fundamental derechos a ser... El tratamiento de personas que son HIV positivas debe de estar basado en juicios basados en la razón y cuestiones médicas...”⁵⁸

Transcribimos un fragmento jurisprudencial referente a los posibles daños sobre los intereses comerciales de una empresa en caso de saberse que contrata a una persona infectada por el VIH/SIDA. La sentencia del la Corte Suprema de Sudáfrica establece:

“Condiciones comerciales legítimas son, por supuesto, una importante consideración a la hora de determinar si emplear o no a un individuo. Sin embargo, debemos de guardarnos contra permitir que estereotipos y prejuicios nos arrastren bajo el disfraz de intereses comerciales. El interés más grande, la sociedad, requiere el reconocimiento de la inherente dignidad de todo ser humano, y de la eliminación de todas las formas de discriminación. Nuestra Constitución protege a los débiles, a los marginados, a los socialmente desterrados, a las víctimas de prejuicios y estereotipos...”⁵⁹

El 24 de Octubre de 2001 la cámara legislativa de El Salvador aprobó una normativa que requería la prueba obligatoria del SIDA a los solicitantes de trabajo aunque se prohibía a los empleadores discriminar a las personas que fueran seropositivas. A estos efectos la Organización “Atlatcatl” con el apoyo de la Fundación de Estudios para la aplicación del derecho, iniciaron un proceso ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, con el propósito de derogar el referido precepto normativo.

La “amenaza directa” se da cuando existe un significado riesgo de daño. La Corte Suprema reconoce que “pocas actividades, si alguna, en la vida están libres de riesgo”.

La determinación del riesgo debe basarse en “la información científica disponible” en ese momento. Para refutar la opinión del “Centro para el Control y Prevención de las Enfermedades” se deben aportar otras opiniones científicas.

Discriminación en el deporte:

El único supuesto conocido de una posible transmisión del HIV en el deporte se reportó en una carta al “Lancet” en 1990”. La transmisión se dice que ocurrió durante un partido de fútbol en Italia cuando dos jugadores colisionaron. Por el contrario, autoridades

⁵⁶ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 3, marzo 2002 pag. 70. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁵⁷ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 5, Número 4, 2000 pag. 5. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁵⁸ Hoffmann v. South African Airways , caso CCT 17/00, Corte Constitucional de Sudáfrica, 28 de septiembre de 2000.

⁵⁹ Hoffmann v. South African Airways , caso CCT 17/00, Corte Constitucional de Sudáfrica, 28 de septiembre de 2000.

del Servicio Público de Salud afirmaron que no podían establecer otro factor de riesgo, ni que podían establecer definitivamente la actividad atlética como una fuente de infección.⁶⁰

b. Discriminación ante los servicios públicos

El 22 de noviembre de 2001 durante la causa *Ahamefule v. Imperial Medical Centre & Molokwu* (1627/2000) presentada ante un tribunal superior de justicia nigeriano, el magistrado, conociendo el estado seropositivo de una de las partes, le comentó a su abogado: “Por favor no traiga a su cliente a esta corte, deje que permanezca fuera” y requirió que antes de dejarle entrar se presentara una prueba médica asegurando que las personas de la sala no fueran infectadas. Como afirma Félix Morka:

“Este caso ha generado atención global por su dimensión pública. El hecho de que un magistrado de una corte superior puede ser tan profundamente ignorante sobre la naturaleza del VIH/SIDA como para aplicar el poder coercitivo del estado para demostrar la “certeza” de su desechada premisa, indica la enormidad de la tarea que debe de ser realizada en Nigeria...”⁶¹

Discriminación en las fuerzas armadas

En Canadá se requería para poder acceder al ejército la prueba del VIH/SIDA. Aquellos que mostraban un resultado positivo eran rechazados. En el caso *X v. Commonwealth* (1999) High Court of Australia, 2 de Diciembre de 1999 se expresa:

“... Los tribunales en USA y Canadá han sido firmes en años recientes al afirmar que las normas civiles sobre no discriminación rigen en el ámbito militar y deben de ser observadas. (Voto disidente sobre la sentencia final adoptada por el juez Kirby).”

“Los tribunales no han entrado todavía sobre el fondo del asunto – acerca de si una persona seropositiva puede ejercer las funciones de un soldado. ¿Puede un soldado con el VIH “sangrar de una forma sana” (esto es, sin riesgo para otros soldados) cuando se despliega en combate? y ¿debe de ser “la potestad de sangrar de una forma segura” un requisito para ser contratado como soldado?”⁶²

Derecho a la privacidad⁶³

El derecho a la privacidad de igual modo que trata de proteger a las personas contra la estigmatización de la sociedad, al mismo tiempo sostiene la clandestinidad de la problemática.

“Es un hecho notorio que actualmente el conocimiento público acerca de las personas que padecen del VIH/SIDA suscita opiniones negativas, estigmatizándose al enfermo. Ello se debe en buena parte a que en los años 80, cuando se identificó el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, se pensaba que era una enfermedad que sufrían las personas homosexuales, las prostitutas y los drogadictos, a tal punto que en los medios de comunicación hablaban del «cáncer gay». Sin embargo hoy en día las estadísticas revelan que éste es un virus a cuyo contagio está expuesta cualquier persona sin distinción, dada la variedad de formas de transmisión (contacto sexual, jeringas y/o agujas infectadas, parto, lactancia). De manera que, el anonimato que en un principio resguardaba la privacidad de estas personas en su contexto social, va perdiendo su sentido, por cuanto se trata de una enfermedad de tan alto riesgo como cualquier otra y, para que sea entendido de esta forma, es preciso restarle el carácter de «censura» que hasta ahora se le ha venido dando, pues será eso lo que en definitiva garantizará el derecho a la igualdad y la no discriminación de quienes padecen esta enfermedad.

Esta Sala está consciente de que los esfuerzos que se hagan a nivel de los poderes públicos para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, depende en buena parte de la conciencia social que se tenga sobre esta enfermedad, de allí que resultará altamente beneficioso en el tratamiento de este tema la colaboración de los propios afectados, sus familiares y allegados. La garantía del derecho a la no discriminación no se logrará si ellos mismos -resguardándose en la privacidad- se aislan, se apartan de sus actividades, ocultasen sus propios padecimientos o se sintiesen culpables cuando en realidad no hay razón para ello.”⁶⁴

Numerosos países imponen a los profesionales de la medicina la obligación de comunicar a un registro gubernamental, la detección del VIH/SIDA en un ser humano. La justificación que se alega para comunicar esos resultados suele ser el seguimiento nacional de la enfermedad.

⁶⁰ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 4, Número 4, verano 1999 pag. 7. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁶¹ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número __, 2001 pag. 5. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁶² Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 5, Número 2/3, Spring/Summer 2000 pag. 4-5. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁶³ Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966.

⁶⁴ Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela 14 de agosto de 1998, N.A., Y.F., R.B., A.P., R.S., A.G., C.L., G.C., A.M. y F.B. contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, expediente N° 14.625.

Contrariamente la divulgación del resultado puede desanimar a muchas personas a realizarse la prueba.

La Corte Suprema de Justicia de Massachussets en un caso en que la policía había solicitado revelar el estado de una persona respecto al VIH/SIDA (se había salpicado sangre a un policía) dice:⁶⁵

“La legislación estatal prohíbe la revelación del estado de una persona respecto al HIV a no ser que la persona lo permita.”

La sentencia en el caso *R v. FMB* (2001) Oj No. 4436 realizado por un juzgado de Primera Instancia de Canadá ordenó cancelar la publicación de cualquier dato que pudiera facilitar la identidad del recurrente infectado por el virus VIH/SIDA o del acusado.

En el siguiente caso se refiere los intentos por parte de un periódico para publicar los datos de un profesional de la medicina que trabajaba en un centro médico local. El doctor había dirimido en la corte su derecho a que el centro médico no notificara a sus pacientes su condición de afectado. El caso fue examinado por el tribunal superior de justicia y por el tribunal de apelaciones. Finalmente se decidió que los datos que se publicaran no deberían ser suficientes para poder deducir la identidad del especialista médico. En este sentido se prohibió que se publicara su identidad, y su cargo, por el contrario se autorizó la divulgación de su especialidad médica.⁶⁶

En el Reino Unido recientemente se ha tratado la práctica de la posible notificación realizada por el Servicio Nacional de Salud en el supuesto de que un profesional de la medicina descubra el estado de seropositividad de su paciente. Dicho comportamiento podría atentar contra de la Ley sobre Derechos Humanos de 1998 y la Ley de Protección de Datos:

“El Ministerio de salud británico ha reconsiderado su práctica de notificar automáticamente a antiguos pacientes, se ha anunciado que podría producir un cuadro con criterios para ser analizados caso por caso el riesgo de transmisión a los pacientes, y el grado de extensión de la comunicación dependerá del nivel de exposición de riesgo”.⁶⁷

Se planteaba un caso en que una mujer era infectada por su novio que simultáneamente ejercía como su médico y sin que él le comunicara su estado

65 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 1/2, 2001 pag. 6. Massachussets v. Luis Ortiz, 15 de febrero de 2001 <http://www.aidslaw.ca/>.

66 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 7, Número 1, July 2002 pag. 55. <http://www.aidslaw.ca/>.

67 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 3, marzo 2002 pag. 74. <http://www.aidslaw.ca/>.

68 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 1/2, 2001 pag. 4-5. <http://www.aidslaw.ca/>.

seropositividad, teniendo conocimiento del mismo:

“En su decisión, la corte citó el párrafo 34 de la GCC (Rechtfertiger Notstand, ie, justificación por necesidad), el cual trata de situaciones en que uno tiene que decidir entre dos válidas obligaciones legales. Cualquier conflicto entre intereses protegidos tiene que ser resueltos sopesando un interés protegido contra el otro. En este caso, el tribunal decidió que la vida y la salud de la joven mujer superaban el derecho a la información personal.

El tribunal afirma que en otros casos los hechos pueden conducir a diferentes conclusiones. El médico puede no tener un deber de advertir a la compañera de un afectado si (a) la compañera no es una paciente de ese médico y (b) el médico tiene suficientes razones para estimar que el paciente informará a su pareja sobre su estado.⁶⁸ OLG Frankfurt (Appellate Court at Frankfurt), orden de la Corte de 8 de julio de 1999, expediente código 8 U 67/99”

En relación con el derecho al trabajo, el referido repertorio de recomendaciones prácticas publicado por la OIT sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo establece en su artículo 8.1. “Prohibición en el momento de la contratación y en el curso de la relación de trabajo de la realización de la prueba del VIH/SIDA”:

“No se debería exigir una prueba de detección del VIH en el momento de contratar a los trabajadores o como requisito para la continuación de la relación de trabajo. En ningún reconocimiento médico ordinario, por ejemplo, la aptitud física antes de la colocación o los exámenes periódicos, debería hacerse la prueba obligatoria del VIH”

8.2. Prohibición con Fines de Seguro.

b. Las compañías de seguros no deberían exigir pruebas de detección del VIH antes de decidir ofrecer cobertura para un lugar de trabajo determinado. Pueden basar su estimación de los costos e ingresos y sus cálculos actuariales en los datos epidemiológicos disponibles a cerca de toda la población.”

Aunque en algunos textos constitucionales no se recoge específicamente el derecho a la privacidad, la jurisprudencia constitucional ha entendido que se encuentra implícito en otros derechos (*Jane Roe vs. Henry Wade* 410 US 113 Corte Suprema de los Estados Unidos de América) – *R. Rajagopal @ RRGopal & Anr. Vs. State of Tamil Nadu & Ors.* (1994) 6 SCC 632):

“El derecho a la privacidad se encuentra implícito

en el derecho a la vida y a la libertad garantizado a los ciudadanos de este país en el artículo 21. Es el derecho “a estar solo”. El ciudadano tiene derecho a salvaguardar la privacidad de sí mismo, de su familia, de su matrimonio, procreación, maternidad, crianza y educación de sus hijos entre otras materias. Nadie puede publicar nada relativo a las materias señaladas arriba sin su consentimiento – ya sean ciertas o no, o ya sean en alabanza o críticas. Si esto sucede, se podría violar el derecho a la privacidad de la persona en concreto y se podría ser responsable en una acción por daños.”

La difamación:

La difamación se configura como un recurso jurídico para la protección de las personas afectadas por el VIH/SIDA que sufren un acoso social.

“Se daba el caso de una persona seropositiva que vivía en una barriada de Sydney. Sucesivamente fue acosado por medio de mensajes en su puerta y basura vertida en su apartamento. El Tribunal de Igualdad de Oportunidades decidió que había ocurrido una difamación ilegal, y ordenó el pago de multas por 25.000 dólares en compensación y la obligación de escribir una nota de disculpas.”⁶⁹

Derecho a la libre circulación de las personas⁷⁰

La libre circulación de personas puede ser abordada desde el punto de vista interno de los estados o considerarse desde una perspectiva internacional:

a. Libre circulación en el interior de los Estados

Algunas legislaciones de carácter ambiguo incluyen el VIH/SIDA dentro de las enfermedades que permiten la “cuarentena” de personas.

“La referida mención constitucional se encuentra subsumida dentro de la Ley de Salud Pública 12, que proporciona elaboradas disposiciones y justificaciones para la cuarentena, con el propósito de paralizar la propagación de enfermedades fuera de control. Esto incluye el tratamiento y aislamiento de pacientes diagnosticados que están sufriendo de enfermedades venéreas, leprosería o viruela... Cualquier persona que sufra de una enfermedad venérea puede ser detenida de conformidad con el artículo 50 de la referida normativa. Por el contrario ciertos requisitos deben primeramente producirse: una orden judicial es necesaria; debe establecerse que esa enfermedad puede transmitirse y que la salud pública no se encuentra realmente a salvo sino es por este medio; y finalmente que esa persona es improbable que sea sometida a tratamiento cuan-

do sea liberada. Tales personas pueden ser detenidas en un hospital o un lugar específico hasta que se curen... El SIDA no puede ser clasificado estrictamente como altamente infeccioso... una investigación realizada en el Hospital Nacional Kenyatta muestra que solo casos críticos y extremos de víctimas de SIDA son detenidos en el hospital. Por el contrario no hay casos de personas detenidas por ser portadoras del VIH o porque puedan ser consideradas como un riesgo público, tan solo en los casos en que la persona está totalmente demacrada y es incapaz de llevar una vida normal. Kenya parece que ha adoptado la afirmación de la Organización Mundial de la Salud acerca de que las personas en cuarentena son víctimas de trato degradante, discriminatorio e inhumano y contrario a la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 5... Por otra parte, los mensajes de celibato y abstinencia son difíciles de implementar. Los preservativos no son realmente una respuesta debido a sus defectos técnicos inherentes, “debido a la producción masiva” y la baja consideración en que son tenidos por algunas personas. Es también difícil de determinar que víctimas se van a comportar de una manera responsable o irresponsable, y a un tercero le puede no ser posible identificar a las víctimas. Estas son materias intrínsecas y preguntas sin una clara respuesta”.

b. Libre circulación Internacional

Al menos hasta el 2000 se ha prohibido la inmigración a los EEUU de personas infectadas por el virus del VIH/SIDA (Code of Federal Regulations, Title 29, 1910.1030). Es posible obtener un permiso temporal para entrar por los siguientes motivos (visitar a la familia, recibir tratamiento prepagado, dirigir negocios, o brindar una conferencia científica). Por el contrario el derecho de un estadounidense para viajar al extranjero no se encuentra limitado.

En el caso *Irshad v. Ontario* (Canadá) se decidía acerca del derecho a obtener los servicios de salud de un niño que sufría la enfermedad de parálisis. Se le dejó entrar en el país bajo un régimen migratorio especial, una concesión ministerial por razones humanitarias. En ese momento la legislación canadiense impedía conceder el carácter de residente, con el que se accede al seguro social médico, a personas cuya admisión pudiera causar o pudiera razonablemente esperarse que pudiera causar excesivas demandas sobre salud o servicios sociales.⁷¹

⁶⁹ Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 5, Número 2/3, Spring/Summer 2000 pag. 4-5. <http://www.aidslaw.ca/>.

⁷⁰ Artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966.

“Por el contrario la corte refiere que la “interferencia” entre el proceso de migración y la determinación provincial a la elegibilidad al servicio público de salud no es enteramente satisfactoria. Parece inherentemente contradictorio, sino cruel, permitir a un hombre joven como Raja (Irshad) entrar en Canadá bajo postulados de compasión con el propósito de que pueda vivir con el resto de su familia a la cual se le ha permitido vivir en Canadá, mientras que al mismo tiempo no se toma conciencia de las necesidades de Raja’s de acceder a servicios médicos caros que puedan, en cierto grado, al menos aliviar su severa discapacidad física. A pesar de que no observo ninguna violación Constitucional, yo pensaría que las autoridades federales y provinciales pueden trabajar juntas para encontrar algún camino para expandir la compasión de nuestro país más allá del permiso de entrada en Canadá para incluir el acceso a los servicios médicos del Plan del Seguro de salud a personas como Raja.”

En el caso *J v. Enfield* (2002) un tribunal superior de justicia Británico decidió que se debía otorgar ayuda financiera a una inmigrante de Gana que dio a luz después de que su visado hubiera expirado:

“Este concepto jurisprudencial puede tener un significativo impacto en muchas personas con HIV/AIDS que han estado en el Reino Unido después de que sus visas hubieran expirado. Además, es una significativa contribución en el campo de la ley de derechos humanos en tanto en cuanto requiere al gobierno a ejercer sus poderes para suministrar asistencia financiera y otra asistencia en una manera que ejecuta los derechos de obligatorio reconocimiento originados en un tratado internacional de derechos humanos.”⁷²

c. El derecho de Asilo

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece la condición de refugiado se adquirirá⁷³ cuando se tengan “fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia

a determinado grupo social u opiniones políticas; cuando una persona se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país...” Bajo estas consideraciones la condición de seropositivo puede representar en algunos países la pertenencia a determinado grupo social y bajo ciertas condiciones sufrir persecución:

“Ser seropositivo del HIV automáticamente no faculta a un potencial refugiado a permanecer en Alemania. La normativa alemana y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos protegen a las personas de ser deportadas si se enfrentan a la pena de muerte, torturas, o tratamiento inhumano en su país de origen. También, algunas decisiones judiciales recientes han afirmado que potenciales refugiados con enfermedades serias no pueden ser deportados si su enfermedad no puede ser apropiadamente tratada en su país de origen. (BverwG, decisión de 15 de abril de 1997; Bverw 9, Senat decisión de abril de 1998, expediente código 9C 13/97). Sin embargo, cada caso es decidido sobre premisas individuales, por lo que la deportación de seropositivos es todavía posible. Un importante factor reside en la consideración del lugar donde la infección es adquirida. El estado alemán toma mayor responsabilidad si la infección ocurrió en su territorio.”⁷⁴

Derecho a la educación⁷⁵

El derecho a la educación se encuentra reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

“No hay datos que sugieran que el virus VIH puede transmitirse por vía horizontal (saliva, lágrimas, bebidas o convivencia familiar); tampoco se conoce ningún caso de infección por VIH que haya sido transmitido en un colectivo infantil tipo guardería o colegio. Estos son conceptos básicos que han sido defendidos rigurosamente por organismos internacionales y nacionales a los que compete velar por los derechos del niño”.⁷⁶

En la comunidad autónoma del País Vasco en España se ha desarrollado un programa de acción para tratar la problemática de los niños infectados de VIH en los colegios. Los objetivos del programa eran: escolarizar con normalidad al niño, mantener la confidencialidad que asiste a toda persona infectada por VIH (+), educar al personal docente en el manejo del niño infectado por VIH y en la adopción de medidas destinadas a prevenir la posibilidad teórica de transmisión del VIH en el medio escolar, capacitar al personal docente para divulgar, dentro de la comunidad

71 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 3, marzo 2002 pag. 43. <http://www.aidslaw.ca/>.

72 John Nelson Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 7, Número 1, July 2002 pag. 56. <http://www.aidslaw.ca/>.

73 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1.2.

74 Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter Volumen 6, Número 1/2, 2001 pag. 3. <http://www.aidslaw.ca/>.

75 Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

76 La infección del VIH en guarderías y centros escolares – J. Echevarría Lecuona ANALES ESPAÑOLES DE PEDIATRÍA VOL.44 Nº5, 1996.

educativa, la ausencia de riesgo en la escolarización de estos niños.

Se recomienda que algunos docentes estén informados de la condición del niño, a pesar de que no es obligatorio para la familia comunicar este estado:

“Admitido el niño en el centro, uno de los responsables del programa, con el consentimiento de la familia, informa al director del centro de la situación del niño y de las medidas preventivas a seguir; se proporciona un documento firmado por los Consejeros de Sanidad y Educación del Gobierno Vasco responsabilizándose del programa y se decide de forma conjunta qué profesores deben conocer la situación del niño/a... Los padres o responsables legales del niño seropositivo suelen presentar resistencias a que se informe de la situación de sus hijos en los colegios por temor a la discriminación. En todos los casos, tras largas conversaciones, garantizándoles la confidencialidad de la situación del niño, exponiéndoles⁷⁷ las experiencias de los años transcurridos y las ventajas para el propio niño/a y su familia en el sentido que quedan más protegidos por parte del colegio, se ha logrado su consentimiento para dar esta información al centro.”

Paralelamente se recomiendan unas normas básicas de seguridad para el centro educativo: para la manipulación de sangre de cualquier niño deberán usarse guantes; las salpicaduras de sangre se diluirán utilizando guantes y lavándose posteriormente las manos; el personal que tenga heridas abiertas en manos deberá cubrirlas con apósitos impermeables y si es preciso utilizando guantes.

El 14 de junio de 2002 el Tribunal Superior de Justicia de Johannesburg ordenó a una guardería privada (Bucleuch Montessori Nursery School) en Sudáfrica, acusada de negarse a admitir a una niña seropositiva (Tholakele Nkosi), a que tomara medidas que condujeran a la escolarización de la menor:

“El juez Meyer Joffe expresó que a la niña se le debe seguir el procedimiento ordinario seguido por todos los niños que quieren ser admitidos en el colegio”.⁷⁸

Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia⁷⁹

La institución del matrimonio se encuentra recogida en la declaración universal de Derechos del Hombre como:

“Artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por mo-

tivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio...

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

A pesar de esta afirmación, el mismo criterio no ha sido confirmado históricamente en algunas regiones del mundo. Probablemente el territorio donde existe mayor disparidad al respecto sea el continente africano donde la poligamia ha sido más aceptada socialmente. Esta realidad afecta a temáticas como la universalidad de los derechos humanos y las responsabilidades paternales filiales, cuestiones que exceden el propósito de este trabajo. Por estos motivos tan solo reproduciremos un fragmento que claramente simboliza la problemática del Derecho Internacional en un mundo lleno de desigualdades y rico en culturas:

“...la ausencia del matrimonio y de los derechos familiares en la constitución de numerosos países africanos y asiáticos refleja el carácter multicultural y “multi-credo” de estas sociedades. Las familias se constituyen, funcionan y son disueltas en un número muy variado de formas y el posible resultado de constitucionalizar los derechos familiares permanece incierto, de forma que los redactores de textos constitucionales prefieren no considerar el derecho a casarse o seguir una vida familiar como un derecho fundamental que es apropiado definirlo en términos constitucionales. Evitan desacuerdos sobre si la familia que debe de ser protegida es una familia nuclear o una familia extensiva, o sobre qué ceremonias, ritos y practicas pueden ser considerados como matrimonios a efectos de tener protección constitucional... estas se ven como cuestiones que hacen referencia a la historia, cultura y especiales circunstancias de cada sociedad las cuales no albergan una solución universal”.⁸⁰

Por otro lado en occidente la institución del matrimonio continúa mantenido un importante sentido

⁷⁷ La infección del VIH en guarderías y centros escolares – J. Echevarría Lecuona ANALES ESPAÑOLES DE PEDIATRÍA VOL.44 N°5, 1996.

⁷⁸ Courtesy of South African Press Association www.aegis.com.

⁷⁹ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966.

⁸⁰ *The constitutional family*: developments in South African family law jurisprudence under the 1996 Constitution *The constitutional family*: developments in South African family law jurisprudence under the 1996 Constitution Prof Julia Sloth-Nielsen, Faculty of Law, University of the Western Cape Judge Belinda Van Heerden, Cape High Court, South Africa, http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/heerden_b.rtf

social-religioso. La exclusión de determinadas personas de este derecho conduce a la segregación.

Otra problemática se refiere a la posibilidad de transmisión de la infección por mujeres embarazadas a sus futuros niños. No necesariamente el VIH/SIDA se transmite de madre a hijo. Recientemente se han desarrollado tratamientos que reducen la posibilidad de transmisión de la enfermedad. La Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que el no nacido tiene derecho a la vida desde su concepción. Como consecuencia el derecho a la vida del “nastiturus” es objeto de protección jurídica.

La transmisión de madre-a-niño es la ruta primaria de infección de HIV en niños de menos de 15 años de edad. Desde el principio de la epidemia de HIV, se estima que 5.1 millones de niños a nivel mundial se han infectado con HIV (UNAIDS 2000). Los ensayos clínicos en varios países han mostrado que esa transmisión de madre-a-niño de HIV puede reducirse grandemente a través de la administración de una corta y accesible terapia antirretroviral a las mujeres embarazadas. Estos ensayos culminaron en una recomendación por UNAIDS y sus compañeros en el Equipo Interagencial para la Prevención de Transmisión de Madre-a-niño. La prevención de transmisión perinatal debe ser una parte del paquete normal de cuidados para las mujeres HIV-positivas y sus niños (UNAIDS 2000). Es más, está poniéndose claro rápidamente que esos programas de prevención pueden reforzar la comprensión y respuesta de las comunidades al HIV. Como resultado, gobiernos en África, Asia, y América Latina en colaboración con las organizaciones internacionales y no gubernamentales, se han movido rápidamente para mejorar el cuidado prenatal e incorporar intervenciones para prevenir la transmisión del HIV de la madre al niño en el cuidado clínico y en las comunidades de base.”⁸¹

Recientemente el Tribunal Supremo de la India dictó una sentencia que produjo alarma social en la comunidad de seropositivos. Afortunadamente con posterioridad se rectificó esta la línea argumental:

“La disputa del ilustrado asesor de que cada hom-

81 Envolvimiento de la comunidad en la Prevención de Transmisión del madre-a-niño de HIV: Visiones y Recomendaciones. Naomi Rutenberg, Concilio de la Población.; Mary Lyn Campo-Nguer y Laura Nyblade, Centro Internacional para la Investigación en Mujeres.

82 Artículos 19 y 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículos 19 y 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966.

83 <http://www.cejil.org/espanol/documentos/113.htm>.

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CULMINÓ SU 113º PERIODO DE SESIONES EN WASHINGTON el 21 de noviembre de 2001.

84 Chieg Justice Warren Burger, Richmond Newspaper, Inc v. Virginia (1980) <http://w3.trib.com>.

bre joven o, sobre la materia, cada mujer, tiene un derecho a contraer matrimonio, no puede ser aceptada en los absolutos términos en los que ha sido presentada... tal derecho, por estas razones debe ser una excepción a la regla general a cerca de que cada “derecho” tiene un correspondiente “deber”. Además, en la medida en que la persona no es curada de una enfermedad venérea transmisible o por impotencia, el derecho a contraer matrimonio por medio de un tribunal debe de ser tratado como un “derecho en suspenso”.

Derecho a la información, expresión y asociación⁸²

La importancia que sobre esta temática desarrolla el derecho a ser informado se ve claramente representada en la siguiente cita:

“Las cifras más conservadoras arrojan un saldo de 3500 muertes por falta de tratamiento en el país. Asimismo la falta de campañas de prevención y de una política seria al respecto, hizo que mientras en el mundo la enfermedad crece a un 10% anual, en Chile lo haga a un 20% anual. Los representantes de Vivo Positivo enfatizaron sobre la violación al derecho a la vida de ciudadanos chilenos y alertaron a la CIDH sobre esta situación.”⁸³

El derecho de asociación como ya se ha expuesto se encuentra reconocido internacionalmente. Desafortunadamente algunos textos constitucionales omiten su mención. En estos casos los tribunales locales han aclarado su consideración legal:

“Considerando el cuidado necesario en el estudio de los derechos constitucionales no definidos explícitamente, esta corte ha reconocido que existen algunos derechos inarticulados no enumerados entre las garantías constitucionales. Por ejemplo, el derecho de asociación y privacidad, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado mediante un standard de prueba más allá de la duda razonable en un tribunal militar... los derechos fundamentales, aunque no se encuentren expresamente recogidos, han sido explícitamente reconocidos por los tribunales como indispensables para el disfrute de los derechos explícitamente definidos...”⁸⁴

Aunque son múltiples las conferencias internacionales que se han desarrollado sobre el VIH/SIDA, es necesario que se avance más rápido hacia la aplicación de lo acuerdos alcanzados. Los ciudadanos de los diferentes países tienen derecho a mantenerse informados sobre la gravedad de los problemas abordados.⁸⁵

«Para contener y reducir la epidemia se requiere ni más ni menos que cumplir los compromisos adoptados por los gobiernos a lo largo del presente año», ha indicado el Dr. Peter Piot, Director Ejecutivo del ONUSIDA. «Desde la conferencia de Abuja celebrada en abril hasta el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA del mes de junio, numerosos gobiernos han hecho promesas de abundantes recursos y de voluntad política. Ahora ha llegado el momento de hacer realidad esos compromisos.» El Dr. Piot ha pronunciado estas palabras en una conferencia de prensa con motivo de la inauguración de la Duodécima Conferencia sobre el SIDA y las ITS (infecciones de transmisión sexual).⁸⁶

Consideraciones finales

El respeto a los derechos humanos de las personas afectadas por el VIH/SIDA se considera como un elemento esencial para detener la propagación de la enfermedad. La situación de clandestinidad en la que viven las personas infectadas como consecuencia del su rechazo social limita la libre realización de la prueba de detección del VIH/SIDA. En este sentido la oscuridad que rodea todo lo relacionado con la enfermedad fomenta el que muchas personas deseen vivir ignorando la problemática. La aparición de los medicamentos “antirretrovirales” ha aumentado considerablemente la esperanza de vida de las personas afectadas que afrontan el reto de su inserción social.

Desde una perspectiva jurídica los derechos fundamentales de las personas infectadas por el VIH/SIDA se encuentran recogidos de forma universal y con valor vinculante en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, las costumbres internacionales y los principios generales del derecho internacional. Con carácter especial existen numerosos documentos de valor declarativo e interpretativo. Estos documentos sirven como vínculo entre las la temática del VIH/SIDA y las Convenciones Internacionales de carácter general.

Por otro lado la jurisprudencia emanada del los organismos internacionales y del derecho comparado está desarrollando un papel fundamental en la protección de las personas afectadas por el VIH/SIDA. Los diferentes intereses que respaldan la política y la marginalidad en la que vive un gran número de personas afectadas por la enfermedad, determina que muchos gobiernos prefieran orientar los presupuestos del Estado a otras prioridades. La jurisprudencia con fundamento en que el derecho a la vida es de carácter absoluto y no sujeto a restricciones patrimoniales ha compelido a diferentes gobiernos a reorientar sus políticas en favor del suministro de medicamentos a personas sin recursos. En este sentido y como consecuencia de la gravedad de las circunstancias de la epidemia y de la inactividad e ignorancia de numerosos estados, las jurisdicciones internacionales han concedido

medidas cautelares y provisionales aún cuando no se han agotado los recursos internos.

Las personas privadas de libertad que se encuentren bajo la tutela del Estado tienen derecho al respeto de su integridad física. La imposibilidad de depender por sí mismos obliga al Estado a proporcionar los medios necesarios para el cuidado de su salud física y mental.

Desde un punto de vista sustantivo el VIH/SIDA plantea diferentes situaciones de conflicto de derechos. Los tribunales, en su mayoría, han entendido que existen algunos derechos de carácter absoluto no susceptibles a limitaciones. Aunque puede existir discrepancia a propósito de una posible jerarquía de derechos, el derecho a la vida se configura como prioritario tanto a la hora de defender el acceso al tratamiento médico como a la hora de determinar las medidas de protección para evitar el contagio.

Las decisiones judiciales relativas a los derechos fundamentales y el VIH/SIDA refieren, directa o indirectamente, la problemática de la transmisión de la enfermedad. Por esta razón las sentencias emanadas por los tribunales de justicia deben fundamentarse en pruebas médicas y consideraciones razonadas procedentes de informes, testimonios o dictámenes realizados por autoridades sanitarias de reconocido prestigio. De forma general y, salvo prueba en contrario, se entiende que el VIH/SIDA no se transmite de forma casual sino mediante determinados fluidos. Igualmente, la mayoría de la doctrina jurisprudencial considera que ninguna actividad humana se encuentra exenta de riesgo, en relación con el contacto humano en el ejercicio de determinadas profesiones. Para prohibir un determinado tipo de actividad entre una persona infectada y otra no infectada se requiere que exista un peligro real. Algunas decisiones judiciales contrariamente entienden que cuando lo que se encuentra en peligro es la vida humana, una baja probabilidad de contagio se convierte en sí en un riesgo significante.

Bajo una perspectiva social se considera que la convivencia entre dos seres humanos forma parte de la esfera privada del individuo. El consentimiento de la persona adulta no infectada respecto a posibles comportamientos de riesgo con personas adultas infectadas se considera necesario y su ausencia sujeta a responsabilidades legales. Desafortunadamente jurídicamente no se puede asumir cuál va a ser el grado de responsabilidad asumido por una persona infectada con respecto a sus relaciones con terceros.

Finalmente concluiremos con que el hecho de que más de un noventa por ciento de la población afectada se encuentre en países en vías de desarrollo vincula estrechamente la enfermedad con: la pobreza, el desarrollo y la educación.

⁸⁵ In the Supreme Court of India: Civil Appeal; No. 4641 de 1998. Mr. X vs. Hospital z.

⁸⁶ http://www.unaids.org/whatsnew/press/spn/pressarc01/ICASA_101201.html África, celebrada en Ouagadougou del 9 al 13 de diciembre.