REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

19

IIDH

Enero - Junio 1994

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista
341.481
Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos. —Nº1 (Enero/junio 1985)-.-
—San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos del hombre - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1994, IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Producida por el Servicio Editorial del IIDH,
coordinado por Rafael Nieto Loaiza.

Levantado de texto, diagramación y montaje electrónico de artes finales:
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias sociales, que hagan énfasis en la temática de los Derechos Humanos. Las colaboraciones para su posible publicación deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Se solicita atenerse a las recomendaciones siguientes:

1. En todos los trabajos se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es posible acompañar el envío con discos de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen acompañará a todo trabajo sometido, de no más de una página tamaño carta.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil ubicación. Además incluirá un brevísimo resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Los editores aceptan para su consideración todos los originales inéditos que les sean remitidos, pero no se comprometen a su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US$30.00 y de US$20.00 para estudiantes. El precio del número suelto es de US$15.00. Suscriptores de Centroamérica y Panamá deben incluir US$3.00 por envío; Sur y Norteamérica US$4.00 y Europa, US$6.00.
Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giro postal, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales. Se requiere el pago previo para el envío.
Dirigir todas las órdenes de suscripción al Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.
Interesados en canje, escribir a la Revista IIDH, Biblioteca del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 6906 (1000), San José, Costa Rica, Centroamérica.

Indice

PRESENTACIÓN 7

DOCTRINA

LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS 11
Germán BIDART CAMPOS

MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UNA COMPARACIÓN CON LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS 47
Jo M. PASQUALUCCI

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS 113
Jorge Rhenán SEGURA

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SIDA. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS 141
Carlos VILLÁN DURÁN

MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA TESTIGOS EN CASOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 157
José Miguel VIVANCO, Juan E. MÉNDEZ

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO - JUNIO 1994 173

CASO REGGIARDO TOLOSA 185

CASO CABALLERO DELGADO Y SANTANA 189

CASO GANGARAM PANDAY 211

VOTO DISIDENTE DE LOS JUECES PICADO SOTELA, AGUIAR-ARANGUREN Y CANÇADO TRINDADE 235

CASO COLOTENANGO 237

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

RESOLUCIONES 249

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES Y COMUNICADOS DE PRENSA 309

INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1993 (Capítulos I y II) 331

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA IBEROAMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1993-II) 353

JURISPRUDENCIA

TUTELA Y DERECHOS ÉTNICOS EN LOS BOSQUES TROPICALES 513
Germán RÍOS

DISCURSOS

LA FUNCIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL 539
Rafael NIETO NAVIA

DOCUMENTOS

EL BRASIL CONTRA LA PENA DE MUERTE 547
Antonio A. CANÇADO TRINDADE

ACUERDO SOBRE DERECHOS HUMANOS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y LA UNIDAD REVOLUCIONARIA NACIONAL GUATEMALTECA -URNG-; Y CALENDARIZACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ FIRME Y DURADERA 557

PRESENTACIÓN

La presente edición de la Revista IIDH contiene, en el capítulo de Doctrina, un ensayo de Germán Bidart Campos que se titula "La interpretación del sistema de derechos humanos". En él, el autor propone el estudio de una multiplicidad de cuestiones y aspectos para una interpretación del sistema no inscrita, exclusivamente, en el marco del derecho interno —es decir, en el contexto de la constitución— sino que aquélla se complete, se fortalezca y se auxilie con el derecho internacional de los derechos humanos, una vez que éste hace parte del derecho interno.

El artículo de Jo. M. Pasqualucci examina la jurisprudencia en desarrollo de medidas provisionales adoptadas en el sistema interamericano de derechos humanos. En primer lugar, la autora presenta un panorama del sistema interamericano y, posteriormente, describe los antecedentes históricos de la jurisprudencia en la Corte Internacional de Justicia y en el sistema europeo de derechos humanos.

La libertad religiosa, en el sistema de Naciones Unidas, es el eje del artículo que inscribimos de Jorge Rhenán Segura. Se trata de un tema que toca aspectos generales del fenómeno religioso en la actualidad; elabora sobre la labor de las Naciones Unidas en el fomento y respeto de la tolerancia religiosa o de convicciones; comenta sobre los diferentes trabajos realizados en materia de eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Ello le da pie para concluir que existen una serie de aspectos de índole constitucional, legal, penal, educativo y de acción, que deben emprender los diferentes estados para desterrar de sus respectivas sociedades el flagelo de la discriminación religiosa y de convicciones.

Asimismo incluimos, por tratarse de un tema que cada vez requiere y toma mayor espacio de reflexión, un artículo de Carlos Villán Durán, en el cual analiza los derechos de las personas afectadas con sida.

Entre otros artículos no menos sesudos, José Miguel Vivanco y Juan E. Méndez presentan una reflexión sobre las medidas de protección para testigos en casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reflexionan en sus apartes sobre temas como las medidas precautorias; la disponibilidad de la prueba ante la Corte; de los medios de prueba, su producción y valoración jurídica; la necesidad de armonizar valores jurídicos contrapuestos y, plantean propuestas para prevenir represalias contra testigos.

Como es habitual, continuamos con las secciones respectivas preparadas por las secretarías de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La sección de la Organización de Estados Americanos y la de Naciones Unidas, preparada por Carmen Rosa Rueda, Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez.

Incluimos el discurso pronunciado por el juez Rafael Nieto Navia, con ocasión del homenaje rendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Presidente de Costa Rica, Rafael Angel Calderón Fournier, por la donación que hiciera el Gobierno de Costa Rica de la sede de la CIDH.

La sección de Jurisprudencia incluye una sentencia sobre tutela y derechos étnicos en los bosques tropicales de Colombia.

En la sección de Documentos incluimos el Dictamen, con carácter de *Amicus Curiae*, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Gobierno de Brasil, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Además, el Acuerdo sobre Derechos Humanos suscrito entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), que contiene la calendarización del Acuerdo de Paz Firme y Duradera.

Esperamos satisfacer a nuestros lectores con este nuevo volumen de la Revista.

Los editores

DOCTRINA

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SIDA. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS*

Carlos Villán Durán
*Funcionario del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra)***

I

La dimisión actual del SIDA

El "síndrome de inmunodeficiencia adquirida" (SIDA) es una enfermedad incurable que desde hace 12 años se extiende por todo el mundo con gran rapidez. Al afectar al sistema inmunológico del enfermo, el síndrome aparece asociado a una pluralidad de manifestaciones patológicas (neumonías, tuberculosis, etc.) que, al no poder ser tratadas eficazmente debido al fallo inmunológico, provocan la muerte del paciente.

Aunque no existe tratamiento eficaz ni vacuna contra el SIDA, sí se conoce ya su causa: el "virus de la inmunodeficiencia humana" (VIH), que infecta y mata las células "T4 auxiliares", subpoblación de linfocitos que son indispensables para que el organismo humano pueda defenderse contra las enfermedades. En definitiva, el VIH desorganiza el sistema inmunitario celular y humoral, debilitando gradualmente las defensas del organismo contra las enfermedades.

El VIH se ha aislado en la sangre, el esperma, las secreciones vaginales, la saliva, las lágrimas, la leche de mujer y la orina. No se descarta que se encuentre también en otros humores y secreciones orgánicas. A pesar de su

---

* El presente artículo contiene el texto de una ponencia que, con el mismo título, presentó el autor a un Seminario sobre "La Estrategia Mundial contra el SIDA", organizado en la Universidad Central de Barcelona (España) bajo la dirección de la Profesora Victoria Abellán Honrubia, los días 19 y 21 de abril de 1994.

** Las opiniones expresadas son de la exclusiva responsabilidad del autor, por lo que no comprometen las de la Organización.

amplia distribución, se ha constatado que el virus no es contagioso, sino únicamente transmisible por tres vías: La sangre, el esperma y las secreciones vaginales/cervicales. Por consiguiente, existe alto riesgo de transmisión del virus durante las relaciones sexuales (heterosexuales y homosexuales), las transfusiones de sangre (debido incluso al uso de agujas y jeringas insuficientemente esterilizadas) y por la vía perinatal (transmisión de una madre infectada al feto o al recién nacido).

Por el contrario, la Organización Mundial de la Salud (OMS) asegura que no hay pruebas de que el virus se transmita por vía respiratoria, o por contactos ocasionales de tipo social, doméstico, profesional, escolar, carcelario o deportivo —salvo en el caso de deportes de combate con derramamiento de sangre—. En particular, el VIH no se transmite a través de alimentos, agua, insectos, retretes, piscinas, sudor, lágrimas, ropa de segunda mano o aparatos telefónicos.[1]

Una vez infectada, la persona preser ta anticuerpos del VIH en el curso de los tres primeros meses (prueba de se opositividad, que se realiza sobre una muestra de sangre). Pero no toda persona infectada del VIH está enferma de SIDA, porque el período de incubación del virus hasta que aparece la enfermedad es largo —un promedio de ocho años—. Sin embargo, toda persona infectada es capaz de transmitir el virus, a pesar de que éste se encuentre en período de incubación.

Tratándose de una enfermedad todavía incurable, la estrategia de lucha contra el SIDA consiste esencialmente en la prevención de la infección. Para ello, es importante la determinación de la seropositividad, cuyas pruebas técnicas tienen ya una exactitud de más de un 99% de los casos, de ser aplicadas por técnicos experimentados. Pero su costo es alto, e incluso prohibitivo, para los presupuestos de salud de muchos países en desarrollo, que no pueden detraer fondos de otras partidas igualmente prioritarias.

El SIDA está ya presente en todo el mundo, por lo que se califica de "pandemia". La OMS calcula que existen en la actualidad unos 13 millones de personas infectadas por el VIH; de ellas, unos 3 millones han desarrollado el SIDA, habiendo muerto ya más de 2 millones. La infección sigue aumentando alarmantemente, de modo que la OMS estima que para el año 2000 la cifra de infectados oscilará entre 30 y 40 millones de personas, de las que entre 12 y 18 millones habrán desarrollado el SIDA.[2]

1 Cfr. Centro de Derechos Humanos: Informe de una Consulta internacional sobre el SIDA y los derechos humanos. Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 55 (doc. HR/PUB/90/2).

2 Doc. E/CN.4/Sub. 2/1992/10, párrafo 10 *in fine* (Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA. Informe final presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, por el Relator Especial Sr. Varela Quirós)

Ahora bien, la distribución de la enfermedad no es equitativa en el mapa del mundo. El Tercer Mundo lleva, una vez más, la peor parte. En efecto, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), más del 80% de los 13 millones de personas actualmente infectadas por el VIH se encuentran en el mundo en desarrollo.[3] La OMS eleva este porcentaje hasta casi el 90% en sus previsiones para el final del presente decenio. Por su parte, el PNUD añade que el costo directo o indirecto del SIDA en el decenio de 1980 fue de 210.000 millones de dólares.[4] La situación es ya crítica en el Africa subsahariana, con más de 6 millones de infectados y una infraestructura sanitaria y social claramente insuficientes, hasta el punto de que en algunas ciudades las tres cuartas partes de las camas de los hospitales ya están ocupadas por enfermos de SIDA. En esta misma región se calcula que en el año 2000 habrá entre 10 y 15 millones de niños huérfanos a causa de SIDA. Lo mismo ocurrirá durante la primera década del siglo XXI en América Latina, Asia y otras partes del mundo en desarrollo.

El SIDA tiene su caldo de cultivo, por tanto, en la pobreza del Tercer Mundo, que ya tiene que soportar la muerte de 17 millones de personas al año por enfermedades infecciosas y parasitarias, tales como la diarrea, el paludismo y la tuberculosis. Además, 1.300 millones de personas viven en la pobreza absoluta y de ellos 800 millones no tienen alimentos suficientes para comer. Por último, el analfabetismo alcanza en el mundo a 1.000 millones de personas, de las que dos terceras partes son mujeres.[5]

Esto explica que en varios países africanos el SIDA comience a superar el sarampión y el paludismo como primera causa de mortalidad infantil. Según estimaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), un millón de niños y niñas están ya infectados por el VIH, y la cifra aumentará rápidamente porque el hijo de una madre infectada tiene la probabilidad sobre tres de nacer infectado y en el 80% de los casos morirá antes de cumplir los 5 años.[6]

Dos terceras partes de los infectados por el VIH tienen menos de 25 años, esto es, son personas jóvenes que en el Tercer Mundo se encuentran en sus años más productivos, lo que incide gravemente tanto en la economía

3 Cfr. PNUD, *Informe sobre desarrollo humano* 1993. Madrid, Centro de Comunicación, Investigación y Documentación entre Europa, España y América Latina (CIDEAL) 1993, 250 p., *at* 14.

4 *Ibídem*, pág. 15.

5 Cfr. PNUD, *loc. cit.*, pág. 14.

6 Cfr. UNICEF, *Estado mundial de la infancia 1994*. Barcelona, J & J Asociados 1994, 90 p., *at* 46.

familiar como en la de sus países. Así, en Malawi, el ingreso perdido a causa del SIDA ya equivale al 7% del producto interior bruto del país, y no hace más que crecer. El tratamiento del SIDA también consume una quinta parte del presupuesto nacional de salud.

A mi juicio, estas cifras ponen de relieve que el diseño de una estrategia mundial para combatir eficazmente el VIH y el SIDA, no se debería separar de una estrategia más global que incorpore la lucha contra la pobreza, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades infecto-contagiosas en el Tercer Mundo. Para conseguirlo, bastaría con que el gasto público de los Estados en desarrollo y la ayuda externa de los Estados no desarrollados, concedieran una prioridad adecuada a la satisfacción de las necesidades de alimentación, atención primaria de salud, educación básica, suministro de agua potable y planificación familiar en los países del Tercer Mundo.

La OMS acepta parcialmente este planteamiento cuando recomienda, como una de las prioridades de su estrategia mundial contra el SIDA, que se disminuya la vulnerabilidad especial de las mujeres y de sus hijos a la infección por el VIH, mediante la mejora de su condición jurídica, económica, social, educativa y sanitaria.[7]

La pobreza extrema de muchas personas, en especial mujeres y niños, les conducen a salidas desesperadas como la prostitución, lo que les expone a graves riesgos de infección por el VIH. Ello se ha comprobado en países como India, Filipinas y Tailandia, en donde se registran altos índices de niñas prostituidas y a la vez infectadas[8] debido, en gran medida, al turismo sexual que en esos países practican muchos occidentales.

En cuanto a las mujeres, la OMS estima que puede haber 3 millones de infectadas en el mundo y conforman un grupo de alto riesgo, pues son víctimas de una doble discriminación por su condición de mujeres que con frecuencia las ubica en una situación de inferioridad ante los hombres, en aplicación de injustas tradiciones sociales. La dependencia económica del hombre hace que la mujer no tenga la posibilidad de participar en la vida pública en muchos países del mundo, por lo que es víctima de discriminación en el disfrute de sus derechos a la educación, el empleo, la atención sanitaria y otros beneficios sociales. En esta situación, la mujer está

7 *Vid.* OMS, La stratégie mondiale de lutte contre le SIDA. Ginebra, OMS, 1993, 28 p. at 1, 19-20 y 27 (Série OMS SIDA; 11). En el mismo sentido se expresa el Relator Especial L. Varela Quirós, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/10, cit., párrafo 117; y doc. E/CN.4/Sub. 2/1993/9, párrafo 5.

8 *Vid.* doc. E/CN.4/1991/51, párrafo 138; E/CN.4/1993/67, párrafo 257; y E/CN.4/1994/84, párrafo 240 (Informes del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la venta de niños, Sr. Vitit Muntarbhorn).

desinformada y es más vulnerable al riesgo de infección por el VIH, que en la mayor parte de los casos tiene su origen en las relaciones prematrimoniales y extramatrimoniales de sus esposos. Para salir de este círculo vicioso, será necesario que la mujer del Tercer Mundo vea elevada sustancialmente su condición económica y social, y que sus derechos, incluido el de no discriminación por razón de sexo, estén debidamente protegidos por la ley.

Consciente de este estado de cosas, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó a los Estados que intensifiquen la información sobre VIH y SIDA dirigida a mujeres y niños, que en los programas nacionales contra el SIDA se preste especial atención a la función reproductora de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades, y que velen por que la mujer participe activamente en la atención primaria de la salud, como educadora en materia de prevención de la infección por el VIH.[9]

Si se contempla el fenómeno del SIDA desde una perspectiva europea, la enfermedad se vinculó desde un primer momento a homosexuales, heroinómanos y hemofílicos. Pero hoy ya no es así. En Francia, por ejemplo, había a principios de 1994 unas 150.000 personas infectadas por el VIH; de ellas, 28.497 habían desarrollado el SIDA. Los heterosexuales infectados habían aumentado un 40% en el último año.

En cuanto a España, hay 150.000 personas infectadas por el VIH y un total de 22.655 casos de SIDA diagnosticados desde 1981.[10] Estas cifras colocan a España en el país europeo con mayor tasa de incidencia de la enfermedad, y en segundo lugar en todos los países occidentales en cuanto al número de casos por millón de habitantes.[11] Casi todos los hospitales del país tienen decenas, incluso cientos, de estos enfermos. Se trata de una de las enfermedades más caras para la sanidad pública, dada la especificidad de los medicamentos que necesitan los infectados —AZT, DDI—, los largos períodos de hospitalización requeridos y la complejidad de las llamadas "enfermedades oportunistas" que suelen acompañar la evolución del SIDA —cáncer, neumonía, todo tipo de infecciones—. Del total de casos producidos desde 1981, el colectivo más numeroso son los usuarios de drogas por vía intravenosa (un 63,9%); siguen los infectados por contacto homosexual (un 15,1%) y por contacto heterosexual (un 6,9%). La infección por vía heterosexual se ha multiplicado por tres en los últimos seis años, según datos del Ministerio de Sanidad.

9 Cfr. doc. A/45/38 (Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la Asamblea General, Recomendación general N° 15 —Noveno Período de Sesiones de 1990—).

10 *El País*, 7 de febrero de 1994 (diario).

11 Revista *El País*, de 28 de noviembre de 1993.

II

Los derechos de la personas con VIH y SIDA

A pesar de los 12 años transcurridos desde las primeras manifestaciones del SIDA en el mundo y de su imparable progresión, el Derecho Internacional positivo de los derechos humanos no ofrece ninguna norma específica que se refiera a los derechos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA y su eficaz protección. En cambio, en el plano nacional se han detectado leyes y políticas discriminatorias, e incluso nuevas formas de prácticas discriminatorias, que niegan a las personas infectadas, así como a sus familiares y allegados, el disfrute de sus derechos y libertades.

Ante esta situación, la comunidad internacional se ha contentado por ahora con recomendar a los Estados el cumplimiento de las normas internacionales ya existentes en materia de derechos humanos, que son genéricas y anteriores a la aparición del SIDA. En particular, se recuerda la vigencia del principio de no discriminación consagrado en el Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, sobre todo, en los Art. 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se completan con las referencias contenidas en los Art. 20.2, 23.4 y 24.1 del mismo Pacto. En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también incorpora la cláusula genérica de no discriminación en su Art. 2.2.

Por su parte, la Asamblea Mundial de la Salud reconoció que, desde el punto de vista de la salud pública, carecen de fundamento las medidas que limitan los derechos del individuo, en especial las medidas que imponen la detección obligatoria del SIDA, por lo que la discriminación y estigmatización de las personas infectadas, constituyen obstáculos a las medidas necesarias para prevenir y combatir tanto el VIH como el SIDA.[12]

En su última resolución sobre el tema, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas exhortó a todos los Estados a asegurarse de que

> "sus leyes, políticas y prácticas, incluidas las introducidas en relación con el VIH o el SIDA, respeten las normas de derechos humanos y no tengan el efecto de impedir que se realicen programas para la prevención del VIH y el SIDA y para la atención de personas infectadas con VIH o con SIDA".[13]

12 Resolución WHA 45.35 La orientación antidiscriminatoria de la Asamblea Mundial de la Salud en relación con las personas infectadas por el VIH y enfermas de SIDA, se viene manteniendo al menos desde 1988 (resolución WHA 41.24, de 13 de mayo de 1988).

13 Párrafo 1 de la parte dispositiva de la resolución 1994/49, aprobada sin votación el 4 de marzo de 1994.

La Comisión también exhortó a los Estados a adoptar "procedimientos de reparación apropiados" que aseguren el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas infectadas, sus familiares o las personas relacionadas con ellas así como de las personas a quienes se supone en peligro de ser infectadas, en especial mujeres, niños y otros grupos vulnerables, "a fin de evitar medidas discriminatorias en contra de ellos o su estigmatización social y garantizarles el acceso a la atención y ayuda necesarias" (párrafo 2 de la misma resolución). Igualmente, la Comisión exhortó a los órganos profesionales pertinentes a que revisen sus códigos deontológicos para "reforzar el respeto de la dignidad y los derechos humanos en relación con el VIH y el SIDA" (párrafo 10).

Por último, la Comisión se limitó a acoger la iniciativa del Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud[14] en el sentido de que el sistema de las Naciones Unidas prepare un programa conjunto sobre el VIH y el SIDA, con inclusión de los aspectos de derechos humanos en las estrategias de aplicación del nuevo programa (párrafo 8). En cuanto a las medidas de seguimiento de esta importante cuestión, la Comisión confió al Secretario General la preparación de un informe "sobre las medidas internacionales e internas adoptadas para proteger los derechos humanos e impedir la discriminación en relación con el VIH y el SIDA y que formule las recomendaciones apropiadas al respecto" (párrafo 11).

Cabe recordar, que el Relator Especial de la Subcomisión a quien se había encomendado un estudio sobre la "discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA", no había formulado ninguna recomendación a favor de la codificación en el plano internacional de medidas protectoras contra la discriminación en esta materia.[15]

1. Derecho a la no discriminación

La igualdad ante la ley y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos, son principios estructurales del Derecho internacional de los derechos humanos, porque son una consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana, la cual constituye a su vez el fundamento mismo de los derechos humanos. Tanto la Declaración Universal como los dos Pactos lo corroboran.

Ahora bien, la formulación del principio de no discriminación en los textos internacionales citados (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, respectivamente, en 1948 y 1966) no define qué es la discriminación, sino que enumera los motivos de distinción o discriminación

14 Resolución EB93.R5, de 21 de enero de 1994.

que no serán permitidos. Así, por ejemplo, el Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, después de afirmar la igualdad ante la ley, anuncia que la ley prohibirá toda discriminación y que garantizará a todas las personas protección igual y efectiva.

> "... contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Como es obvio, una medida discriminatoria contra una persona por motivo de su infección de VIH o de su enfermedad de SIDA, no está expresamente prohibida por el Pacto. Sin embargo, la cláusula que figura en último lugar ("cualquier otra condición social")[16] es tan amplia y abierta que podría comprender la prohibición de medidas discriminatorias contra las personas infectadas por el VIH o enfermas del SIDA, lo mismo que la discriminación basada en la nacionalidad, el estado civil, el origen étnico, la edad, la orientación sexual o las deficiencias físicas.[17]

En el marco de sus comentarios generales relativos al principio "básico y general" de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos, que controla la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que el término "discriminación" utilizado en el Pacto se debe entender referido a

> "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos..., y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas."[18]

Además, el Comité señaló que, a diferencia del Art. 2.1 del Pacto que limita el alcance del principio de no discriminación a los derechos consagrados en el Pacto, el Art. 26 del mismo establece en sí "un derecho autónomo" porque "prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier

15 *Vid.* Informe final del Relator Especial Sr. L. Varela Quirós, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/10, cit., párrafos 117-120; y E/CN.4/Sub.2/1993/9, cit., párrafos 1-14.

16 En francés: "toute autre situation". En inglés: "other status".

17 *Vid.* en este sentido O'Donnell, Daniel, Protección internacional de los derechos humanos. 2ª edic., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, 752 p., at 389.

18 Comentario general 18 - No discriminación (37º Período de Sesiones, 1989), párrafo 7 (adoptado conforme al Art. 40.4 del Pacto). Los comentarios generales se han ido publicando como anexos a los informes anuales del Comité a la Asamblea General. Una recopilación de los mismos, junto a los comentarios o recomendaciones generales de otros órganos de las Naciones Unidas establecidos en tratados, se encuentra en el doc. HRI/GEN/1, de 4 de septiembre de 1992.

esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas".[19] Por lo tanto, la prohibición de discriminación del Art. 26 abarca a todas las leyes del Estado y su aplicación, con independencia de que éstas se refieran o no a derechos consagrados en el Pacto.

El Comité también se ocupó de establecer los límites del principio de no discriminación, toda vez que no toda diferenciación de trato equivale a discriminación,

> "si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto".[20]

Esta interpretación moderna y progresista del Art. 26 ha sido consolidada por el Comité en su práctica ante las quejas individuales que sustancia conforme al primer Protocolo Facultativo del Pacto. Así, en el caso de 743 soldados jubilados de nacionalidad senegalesa que habían servido en el ejército francés antes de la independencia de Senegal, el Comité concluyó que la legislación francesa de 1974 sobre pensiones militares había incurrido en discriminación por haber concedido a los nacionales senegales una pensión inferior a la que correspondía a ciudadanos franceses. En el caso, la diferencia por razón de nacionalidad fue retenida por el Comité como discriminación por "cualquier otra condición social"[21] y por consiguiente prohibida conforme al Art. 26 del Pacto.

En cambio, en otros casos relativos a ciertas diferencias que la legislación establecía entre parejas casadas o no,[22] entre soldados y civiles,[23] entre objetores de conciencia y soldados,[24] o entre alumnos de escuelas públicas y privadas,[25] el Comité opinó que tales diferencias eran razonables y que, por consiguiente, no constituían una discriminación legal en el sentido del Art. 26 del Pacto.[26]

En conclusión, toda diferencia, para no ser calificada de discriminatoria, ha de ser razonable, objetiva y perseguir un propósito legítimo conforme al

19 *Ibídem*, párrafo 12.

20 Id., párrafo 13.

21 Gueye *et al.* contra Francia, comunicación núm. 196/1985, párrafos 9.3-9.5.

22 Danning contra Países Bajos, comunicación núm. 180/1984, párrafo 14.

23 R.T.Z. y M.J.G. contra Países Bajos, comunicación núm. 245/1987, párrafo 3.2.

24 H.A.E.D.J. contra Países Bajos, comunicación num. 297/1988, párrafo 8.2.

25 Blom, Lindgren *et al.* contra Suecia, comunicación núm. 191/1985, párrafos 10.2-10.3.

26 Un excelente estudio actualizado de la práctica del Comité se encuentra en NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl am Rhein-Strasbourg-Arlington: Engel 1993, 947 p., at. 469-475.

Pacto. Tal conclusión es de capital importancia para la protección de los derechos humanos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA, pues cualquier intento de distinción contra ellas deberá ir acompañado de los tres requisitos señalados para evitar caer en una discriminación ilegal.

Habitualmente, las autoridades tratan de justificar medidas discriminatorias en razones de salud pública, por aquello de preservar los derechos de la mayoría no enferma ni infectada. Sin embargo, toda discriminación o estigmatización en la materia constituyen un peligro para la salud pública, toda vez que, según la OMS, para prevenir con eficacia la infección por el VIH, será necesario informar, educar y prestar apoyo sanitario y social a las personas cuyo comportamiento las expone a un riesgo especial de infección. Por ello, en vez de excluirlas de la sociedad, la salud pública considera prioritario mantener integradas en la sociedad a las personas infectadas, para ayudarlas a asumir la responsabilidad de prevenir la transmisión del VIH a otras personas. En consecuencia, un buen número de leyes y prácticas nacionales discriminatorias no son legítimas conforme al Art. 26 del Pacto porque son contrarias a los intereses de la salud pública. En definitiva, la mejor forma de ayudar a la salud pública en la prevención de la infección, será mediante el respeto escrupuloso de la dignidad y los derechos humanos de las personas infectadas y enfermas.

2. Derecho a la vida privada

Atentados importantes a este derecho se han realizado por la vía de la imposición de un reconocimiento médico obligatorio en busca de una posible infección por el VIH; o a través de los registros obligatorios de las personas a las que se considera probablemente infectadas por el VIH, pero que no han sido sometidas a pruebas de detección. La OMS ha asegurado que el reconocimiento obligatorio de personas pertenecientes a grupos de alto riesgo es poco útil. En cambio, es aconsejable el reconocimiento obligatorio para los donantes voluntarios de sangre, esperma, órganos o células. En los demás casos, las pruebas deben ser estrictamente voluntarias. En cuanto al registro obligatorio, sería una medida discriminatoria porque no se ha comprobado su utilidad para la salud pública.

Por otra parte, la recogida y almacenamiento de información por las autoridades públicas sobre personas que se sospeche o se ha comprobado que están infectadas por el VIH, debe estar protegida por las normas más estrictas del secreto médico o por un anonimato total en el momento de la recogida de datos. Con frecuencia se recoge información porque se ha decidido considerar al SIDA o la infección por el VIH como "enfermedades de notificación obligatoria". En estos casos, deben arbitrarse medidas para

preservar la confidencialidad de las informaciones o incluso el anonimato de los enfermos.

Por lo mismo, no se podrá comunicar a terceras personas el resultado de pruebas de detección de SIDA o del VIH si no se cuenta con el consentimiento de la persona interesada. Sin embargo, la confidencialidad se puede romper en casos excepcionales, por ejemplo cuando el enfermo sigue manteniendo relaciones sexuales sin protección alguna con su pareja; o cuando el paciente es un agente de salud y no adopta las precauciones de higiene del caso.

Algunos ordenamientos jurídicos prevén la imposición de sanciones penales a las personas que exponen a otras al VIH, intencionalmente o por imprudencia. En estos casos, la tipificación del delito debe ser clara, y se tratará de casos aislados.

3. Derecho a la integridad física, a la libertad y a la seguridad

Según la OMS, ninguna forma de detención está justificada como medio para prevenir y combatir la propagación del SIDA, tales como el aislamiento, la cuarentena, el ingreso forzoso en un hospital u hospicio, el internamiento forzoso en una colonia separada del resto de la sociedad, etc., porque los modos de transmisión del VIH son limitados (sexo, sangre, madre a hijo) y por consiguiente prevenibles.

Tampoco parecen justificadas las medidas de segregación o aislamiento forzoso para los presos infectados por el VIH o enfermos de SIDA, pues podría incurrirse en situaciones de trato inhumano o degradante. Se exceptúan los casos extremos de personas que no puedan cuidar de sí mismas (perturbados, emergencias) y se sabe que están infectadas.

4. Libertad de movimiento

El derecho de un nacional a entrar y salir libremente de su país es absoluto y no puede estar sujeto a restricciones sanitarias. En cambio, los Estados pueden imponer condiciones a la entrada de los extranjeros, porque éstos no son titulares, como los nacionales —salvo tratado que disponga lo contrario—, del derecho a entrar y salir libremente de cualquier país. Las condiciones de entrada de los extranjeros, sin embargo, no deben ser discriminatorias. Ahora bien, desde el punto de vista de la salud pública, nada justifica someter a todos los extranjeros a la condición de que presenten un certificado de exención de la infección por el VIH, o de que se sometan a la prueba del VIH.

En cuanto a la libertad de circulación por el interior del país y la libertad de elección de residencia, los expertos en salud pública desaconsejan la adopción de restricciones para las personas infectadas o enfermas, ya sean nacionales o extranjeras.

Todo extranjero, infectado o no, que resida legalmente en un país, no puede ser expulsado del mismo sino en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley, y después de haber sido oído por la autoridad competente.

5. Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

La mayoría de los niños enfermos de SIDA son hijos de padres no casados, de modo que negar la licencia matrimonial a contrayentes seropositivos no serviría para nada, además de discriminarles inútilmente en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio. Por otra parte, según la OMS, el reconocimiento sistemático como r quisito previo para el matrimonio es poco útil para controlar o frenar la pandemia de SIDA.

Cabe pensar que algún gobierno adopte una política que imponga restricciones a la procreación para personas infectadas por el VIH. En realidad, cabe reglamentar el derecho a fundar una familia, pero no suspenderlo. Así, sería inaceptable una política gubernamental que imponga abortos o esterilizaciones forzosas para evitar la procreación de personas seropositivas, pues eso no ocurre ni en el caso de enfermedades de transmisión genética.

6. Derecho al trabajo

No caben las medidas discriminatorias en el acceso al empleo, ni el despido libre, en relación con las personas seropositivas, a menos que se demuestre que la ausencia de infección es una cualificación laboral *bona fide* y necesaria, o que la infección afectaría considerablemente la ejecución de las tareas propias del empleo. Lo mismo ocurre con otras enfermedades que ocasionan una reducción sustancial en el rendimiento del empleado.

El reconocimiento médico previo al empleo para detectar la seropositividad no debe exigirse; el empleado no debe estar obligado a informar al empleador sobre su condición de seropositividad. Por lo mismo, la seropositividad no debe ser causa de cese del empleo, mientras el enfermo se mantenga médicamente apto para trabajar.

Como quiera que el trabajo no entraña ningún riesgo de transmisión del VIH o SIDA entre los trabajadores o entre éstos y sus clientes, no se justificarían ulteriores discriminaciones en el ejercicio del derecho al trabajo. Incluso en el caso del personal de salud seropositivo, no existe el riesgo de transmisión a los pacientes si se adoptan las precauciones habituales.

7. Derecho a la educación

Una política sanitaria que prohibiera a los niños seropositivos asistir a la escuela, constituiría claramente una violación de su derecho a la educación. En efecto, la posibilidad de transmisión del VIH entre escolares es inexistente. Cualquier accidente en la escuela se puede resolver sin riesgo adoptando los métodos de higiene habituales.

Solo en casos excepcionales, como los niños retrasados o discapacitados neurológicos y que son seropositivos, habrá que tener en cuenta el dato a la hora de evaluar sus necesidades en materia de educación.

8. Derecho a la seguridad social

Toda persona seropositiva debe gozar de los mismos derechos que los demás a las prestaciones de desempleo o de enfermedad que sean las habituales del régimen de seguridad social de su país.

La asistencia social y médica se reconoce también a toda persona, con independencia de que sea seropositiva o no. Por otro lado, prestar la asistencia social correspondiente no comporta ningún riesgo especial cuando los destinatarios son seropositivos.

9. Derecho a la salud

El derecho de toda persona al "disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" está consagrado en el Art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El párrafo 2 del mismo Artículo precisa que todo Estado deberá asegurar la plena efectividad de este derecho adoptando medidas para la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantiles, la mejora de la higiene del trabajo y del medio ambiente, la prevención de las enfermedades epidémicas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Qué duda cabe que estas medidas se deben aplicar *a fortiori* a las personas pertenecientes a los grupos más vulnerables, entre ellas las personas seropositivas.

Sin embargo, la cobertura del derecho a la salud en los países en desarrollo, sobre los que se concentra el 90% de la pandemia del SIDA, es hoy por hoy una entelequia. Pero, como ya vimos, no todo es debido a la falta de los

recursos necesarios, sino a las prioridades que los planificadores nacionales e internacionales conceden a la cobertura correcta de las necesidades de salud de la población.

El Artículo 2.1 del Pacto citado establece que cada Estado Parte en el mismo se compromete

> "a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos... reconocidos".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se ocupa del control de la aplicación del Pacto del mismo nombre, ha precisado que, aunque el Art. 2 se refiere a una realización paulatina, teniendo en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos, también impone dos obligaciones con efecto inmediato. La primera es que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, etc., o por cualquier otra condición social (Art. 2.2), lo que incluye a los seropositivos.

La segunda obligación de efecto inmediato consiste en "adoptar medidas" (Art. 2.1), lo que deberá hacerse dentro de un plazo razonablemente breve. Tales medidas podrán ser legislativas, judiciales, administrativas o de otro tipo.

Además, según el Comité, el Art. 2.1 impone una obligación de resultado: el logro de la progresiva efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. En este sentido, corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Para que el Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, deberá demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Se debe tener en cuenta, además, que se puede proteger los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.

Por último, a los escasos recursos existentes dentro de un Estado deben añadirse los de la comunidad internacional a través de la cooperación y la asistencia internacionales. A este propósito, debe recordarse que los Art. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas imponen a todos los Estados la obligación de cooperar en el plano internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.[27] Tal cooperación es necesaria para la satisfacción de las necesidades básicas de toda sociedad en desarrollo.

III

Conclusiones

Teniendo en cuenta que el 90% de los casos de SIDA se localizan en los países en desarrollo, una estrategia que se quiera eficaz para luchar contra el SIDA en esos países deberá asociarse a un plan urgente de satisfacción de las necesidades básicas de esos pueblos en materia de salud, alimentación, agua potable, educación, vivienda y planificación familiar.

La protección de la dignidad y los derechos humanos de las personas seropositivas y enfermas de SIDA, sin ningún tipo de discriminación, deberá formar parte de toda política de salud pública que tenga como objetivo la prevención de la infección por el VIH. Cualquier medida discriminatoria que se pretenda imponer contra estas personas deberá ser razonable, objetiva y legítima conforme al Derecho internacional de los derechos humanos. En particular, se deberá probar que tal medida es necesaria para conseguir un objetivo legítimo en el marco de la salud pública.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas debiera constituir con urgencia un grupo de trabajo de composición abierta que tuviera por mandato iniciar los trabajos de codificación internacional de los derechos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA, poniendo el énfasis en la satisfacción de las necesidades mínimas en materia de salud con el concurso de una decidida cooperación internacional, así como en la prevención de las discriminaciones. Para ello, será necesario que la opinión pública y las organizaciones no gubernamentales realicen una campaña de persuasión ante los gobiernos y las organizaciones internacionales en favor de un proyecto de declaración o de convención internacional.

Por último, no se podrá prevenir eficazmente la expansión de la pandemia del SIDA en el Tercer Mundo mientras no se acometa con prioridad absoluta la satisfacción de las necesidades básicas de la población en materia de salud, alimentación, agua potable, educación, vivienda y planificación familiar.

---

27 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario general núm. 3 (quinto período de sesiones, 1990) Doc. HRI/GEN/1. cit., pp. 47-52.