



ONUSIDA

PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA

ACNUR
UNICEF
PMA
PNUD
UNFPA
ONUDD
OIT
UNESCO
OMS
BANCO MUNDIAL

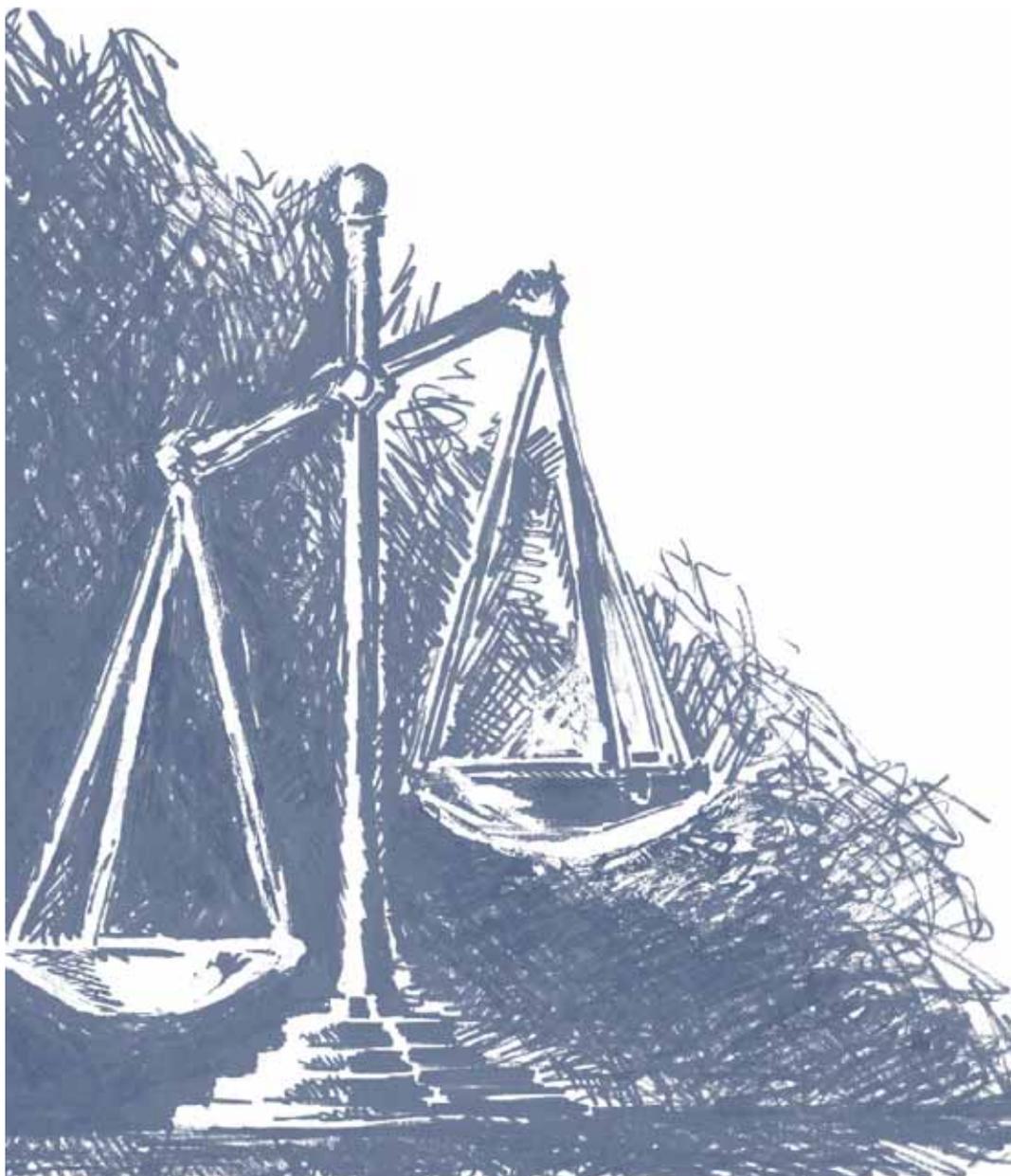
La conquista de los derechos:

Estudios de caso relativos a la defensa en los tribunales de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH

COLECCIÓN "PRÁCTICAS ÓPTIMAS" DEL ONUSIDA

Canadian
HIV/AIDS
Legal
Network

Réseau
juridique
canadien
VIH/sida



Fotografía de la cubierta: The Legal Network/designed by Luke Nicholson and Mélanie Paul-Hus

Publicado conjuntamente por la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

ONUSIDA/06.01S (versión española, julio de 2006)

Versión original inglesa, UNAIDS/06.01E, marzo de 2006:

Courting Rights: Case Studies in Litigating the Human Rights of People Living with HIV

Traducción – ONUSIDA

© Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) 2006.

Reservados todos los derechos. Las publicaciones producidas por el ONUSIDA pueden obtenerse solicitándolas al Centro de Información del ONUSIDA. Las solicitudes de permiso para reproducir o traducir publicaciones del ONUSIDA –sea con fines comerciales o no– también deben dirigirse al Centro de Información por correo a la dirección indicada más abajo, por fax (+41 22 791 4187) o por correo electrónico (publicationpermissions@unaids.org).

El presente documento puede reseñarse, citarse, reproducirse o traducirse libremente, en parte o íntegramente, siempre y cuando se nombre su procedencia. No se permite su venta o su uso en conexión con fines comerciales sin la aprobación previa por escrito del ONUSIDA (contacto: Centro de Información del ONUSIDA).

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, por parte del ONUSIDA, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La mención de determinadas sociedades mercantiles o de nombres comerciales de ciertos productos no implica que el ONUSIDA los apruebe o recomiende con preferencia a otros análogos. Salvo error u omisión, las marcas registradas de artículos o productos de esta naturaleza se distinguen por una letra inicial mayúscula.

El ONUSIDA no garantiza que la información contenida en la presente publicación sea completa y correcta, y no se responsabiliza de los posibles daños y perjuicios que pudieran producirse como resultado de su utilización.

Catalogación por la Biblioteca de la OMS

La conquista de los derechos : estudios de caso relativos a la defensa en los tribunales de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH / Canadian HIV/AIDS Legal Network ; ONUSIDA.

(ONUSIDA colección prácticas óptimas)

“ONUSIDA/06.01S”.

Publicado conjuntamente por la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA.

1.Síndrome de inmunodeficiencia adquirida – legislación. 2.Infecciones por VIH – legislación. 3.Derechos humanos – legislación. 4.Accesibilidad a los servicios de salud – legislación. 5.Casos clínicos. I.ONUSIDA. II.Organización Mundial de la Salud. III.Canadian HIV/AIDS Legal Network IV.Serie.

ISBN 92 9 173506 X

(Clasificación NLM: WC 503.7)

ONUSIDA – 20 avenue Appia – 1211 Ginebra 27 – Suiza

Teléfono: (+41) 22 791 36 66 – Fax: (+41) 22 791 41 87

Dirección electrónica: unaids@unaids.org – Internet: <http://www.unaids.org>

La conquista de los derechos:
Estudios de caso relativos a la
defensa en los tribunales de los
derechos humanos de las personas
que viven con el VIH



Canadian
HIV/AIDS
Legal
Network | Réseau
juridique
canadien
VIH/sida



ONUSIDA

PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA

ACNUR
UNICEF
PMA
PNUD
UNFPA
ONUDD
OIT
UNESCO
OMS
BANCO MUNDIAL

Agradecimientos

Las labores de investigación y redacción del presente documento han sido realizadas por Richard Elliott, Joanne Csete, Richard Pearshouse y Glenn Betteridge, de la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA (Canadian HIV/AIDS Legal Network), con el apoyo editorial de Susan Timberlake, Asesora Jurídica y de Derechos Humanos del ONUSIDA. Richard Elliot fue el encargado de corregir y revisar el documento final. Algunos resúmenes y comentarios de casos concretos han sido adaptados a partir de material previamente publicado por la Red Jurídica Canadiense, y en dichas ocasiones el material original ha sido reconocido como tal. Los autores desean expresar su agradecimiento a todos aquellos colegas de diferentes países que han proporcionado, o han ayudado a localizar, documentación adicional e información relativa a las decisiones de cortes y tribunales de diferentes jurisdicciones. Los autores desean agradecer especialmente la ayuda prestada por Ian Malkin, German Rincon Perfetti, Debbie Mankovitz, Michaela Clayton, Karyn Kaplan, David Szablowski, Liesl Gerntholtz y Katie Gibson durante la investigación.

Los fondos para financiar este proyecto han sido proporcionados por el ONUSIDA.

Las opiniones expresadas en el presente documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente el punto de vista o las políticas del ONUSIDA.

Nota: A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones de los textos originales que no estaban escritos en inglés pertenecen a los autores de esta publicación y no deben considerarse traducciones oficiales.

Índice

Prefacio	5
Prólogo	6
Introducción	7
I. La discriminación relacionada con el VIH	9
<i>Canadá (Fiscalía general) contra Thwaites</i> , [1994] 3 TF 38 (Tribunal Federal del Canadá – Sala de Primera Instancia, 1994)	10
XX contra <i>Corporación Gun Club y otros</i> , Corte Constitucional, Sentencia núm. SU-256/96 (1996)	13
MX contra ZY, AIR 1997 Bom 406 (Tribunal Superior de la Judicatura, 1997)	18
Sr. X contra <i>Hospital Z</i> , (1998) 8 SCC 296, recurrida en 2002 SCCL.COM 701 (Recurso civil núm. 4641 of 1998), Corte Suprema de la India (1998 & 2002)	22
A, C y otros contra <i>Unión de la India y otros</i> , Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay [Mumbai], Solicitud de orden judicial núm. 1322 de 1999	22
JRB y otros contra <i>Ministerio de Defensa</i> , Caso núm. 14000, Corte Suprema de Justicia de Venezuela (Sala Político-Administrativa) (1998)	29
Haindongo Nghidipohamba Nanditume contra <i>Ministerio de Defensa</i> , caso núm. LC 24/98, Tribunal Laboral de Namibia (2000)	34
Hoffmann contra <i>South African Airways</i> , Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/00 (2000); 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC)	38
XX contra <i>Ministerio de Defensa Nacional</i> (escuela de cadetes “General José María Córdova”), caso núm. T-707205, Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitucional (2003)	42
Karen Perreira contra <i>Escuela de educación preescolar y primaria Buccleuch Montessori School (Pty) Ltd y otros</i> , Tribunal Superior de Sudáfrica, caso núm. 4377/02 (2003)	45
Diau contra <i>Botswana Building Society (BBS)</i> , caso núm. IC 50/2003, Tribunal Industrial de Botswana (2003)	48
II. El acceso al tratamiento del VIH	53
Alonso Muñoz Ceballos contra <i>Instituto de Seguros Sociales</i> , Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-484-92 (1992)	54
Luis Guillermo Murillo Rodríguez y otros contra <i>Caja Costarricense de Seguro Social</i> , Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 6096-97 (1997)	58
William García Álvarez contra <i>Caja Costarricense de Seguro Social</i> , Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 5934-97 (1997)	58
D contra <i>Reino Unido</i> , Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso núm. 146/1996/767/964 (1997)	62
Cruz del Valle Bermúdez y otros contra <i>Ministerio de Sanidad y Asistencia Social</i> , Corte Suprema de Venezuela (Sala Político-Administrativa), Sentencia núm. 916, Expediente núm. 15.789 (1999)	68

<i>Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 29/01, Caso núm. 12.249 (2001)</i>	73
<i>Asociación de Fabricantes Farmacéuticos y otros 41 contra Presidente de Sudáfrica y otros 9, Tribunal Superior de Sudáfrica, Sala Provincial Transvaal, caso núm. 4183/98 (2001)</i>	76
<i>AV & CM contra Ministerio de Salud de la Nación, Tribunal Federal Civil y Comercial (núm. 7), 26 de abril de 2002</i>	84
<i>Ministro de Salud y otros contra Campaña de Acción pro Tratamiento y otros, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, CCT 8/02 (2002)</i>	87
<i>Hazel Tau y otros contra GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim, Comisión de Competencia de Sudáfrica (2003)</i>	91
<i>AIDS Access Foundation y otros contra Bristol Myers-Squibb Company y Departamento de la Propiedad Intelectual, Tribunal Central de Propiedad Intelectual & Comercio Internacional, Expediente (Black Case) núm. Tor Por 34/2544, Expediente (Red Case) núm. 92/2</i>	96
<i>Edgar Mauricio Carpio Castro y otros contra Programa Nacional del SIDA-VIH-ITS y Ministerio de Salud Pública, Tribunal Constitucional (Sala Tercera), Sentencia núm. 0749-2003-RA (2004)</i>	100
III. La prevención y la atención relacionadas con el VIH en las prisiones	103
<i>Pedro Orlando Ubaque contra Director, Prisión Nacional Modelo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-502/94 (1994)</i>	104
<i>R contra Lo Chi Keung, (1996) 3 HKCA 155HK SAR contra Vásquez Tarazona Jesús Juan, (2001) 941 HKCU 1</i>	107
<i>R. contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior a instancia propia de Glen Fielding [1999] EWHC Admin. 641 (Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division)</i>	110
<i>Reclusos A-XX Inclusive contra Estado de Nueva Gales del Sur (1995) 38 NSWLR 622.</i>	113
<i>Van Biljon y otros contra Ministro de Servicios Correccionales y otros (1997) 50 BMLR 206, Tribunal Superior (Sala Provincial del Cabo de Buena Esperanza)</i>	117
<i>Strykiwsky contra Mills y Canadá (Comisionado Correccional y Servicio Correccional del Canadá), Tribunal Federal del Canadá – Sala de Primera Instancia núm. T-389-00 (2000)</i>	121
<i>PW contra Departamento de Servicios Correccionales de Sudáfrica (1997–2003)</i>	124
<i>Stanfield contra Ministro de Servicios Correccionales y otros (2003), 12 BCLR 1384 (Tribunal Superior – Sala Provincial del Cabo de Buena Esperanza)</i>	127
<i>Leatherwood y otros contra Campbell, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Alabama, caso núm. CV-02-BE-2812-W (2004–)</i>	131

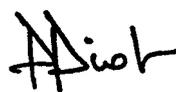
Prefacio

Una de las grandes enseñanzas que hemos adquirido de la epidemia de VIH es que no podemos esperar que las personas, aunque conozcan los modos de transmisión del VIH, cambien su comportamiento más íntimo para protegerse a sí mismas y proteger a los demás del VIH; de la misma forma que tampoco podemos esperar que las personas que viven con el VIH sean tratadas con dignidad, compasión o respeto. Ahora sabemos que, más bien a la inversa, lo que debemos hacer es capacitar y apoyar a las personas para que, en el contexto de la epidemia, puedan protegerse a sí mismas y proteger a los demás ya sea de la infección por el virus o del estigma y la discriminación asociados al mismo, ya de las graves consecuencias de padecer una enfermedad relacionada con el SIDA.

El mejor modo de capacitar a las personas para hacer frente al VIH y al SIDA es proteger sus derechos humanos, es decir, todos sus derechos: civiles, económicos, políticos, sociales y culturales. Y el mejor modo de asegurar la observancia de estos derechos es que las personas los reclamen a través de reivindicaciones concretas, que promuevan en sus países y comunidades el cumplimiento de los mismos o, en caso necesario, que recurran a los tribunales.

En el presente documento se presentan ejemplos en que diversas personas —desde personas que viven con el VIH hasta activistas o reclusos— han reivindicado el reconocimiento y la observancia de los derechos relativos al VIH en los tribunales nacionales de justicia. Con ello, estas personas no sólo han dado una valiosa muestra de coraje y solidaridad, sino que en algunos casos también han logrado cambiar por completo el contexto de la respuesta nacional al VIH. Gracias a las causas que han prosperado en algunos países, ya no se tolera la discriminación hacia las personas que viven con el VIH en el trabajo o en el ejército. El derecho a la salud, previsto en las constituciones nacionales, se ha interpretado en el sentido de derecho al tratamiento del VIH; asimismo, se ha reconocido que los presos, igual que cualquier otro ciudadano, tienen derecho a la prevención, el tratamiento y el apoyo relativos al VIH.

Las leyes pueden resultar un instrumento lento e imperfecto a la hora de responder al VIH, y es cierto que unas malas leyes pueden contribuir a una mala respuesta al VIH. No obstante, cuando apoyan los derechos de los afectados por la epidemia, contribuyen a crear el tipo de entorno necesario para favorecer las respuestas eficaces al VIH. Confiamos, por tanto, en que este documento y los casos presentados en él alienten a otras personas a recurrir a las leyes y a los tribunales, si resulta necesario, para velar por que los derechos humanos constituyan la base de la respuesta nacional al VIH.



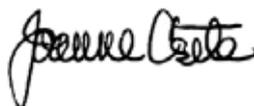
Dr. Peter Piot
Director Ejecutivo
ONUSIDA

Prólogo

La protección, el fomento y la observancia de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH y de las personas vulnerables al virus continúan siendo retos de primer orden en la respuesta mundial al SIDA. Sin embargo, la expresión de abordar el VIH desde un “enfoque basado en los derechos humanos” se ha utilizado demasiadas veces en vano; los programas bien concebidos o financiados que se ocupan específicamente de los abusos de los derechos humanos de las personas infectadas o afectadas por el VIH son escasos. Y esto es así a pesar de que la experiencia de más de dos decenios ha puesto de manifiesto que la falta de atención de los derechos de los afectados por el VIH socava la eficacia de las políticas y programas relacionados con el VIH; y que la marginación y la discriminación a las que se ven sometidos varios grupos de población en numerosas sociedades continúan alimentando la pandemia. Los grupos a los que nos referimos son, entre otros, las personas que viven con el VIH, las mujeres y niñas, los niños huérfanos, los varones que tienen relaciones sexuales con varones, los profesionales del sexo, los reclusos y los consumidores de drogas intravenosas. A la luz de estos datos, urge desarrollar instrumentos que los países y los afectados por el VIH puedan emplear para convertir los “enfoques basados en los derechos” en algo más que palabras.

Las legislaciones nacionales constituyen un instrumento para la protección, el fomento y la observancia de los derechos humanos. No obstante, y tal como se demuestra en este documento, si bien las leyes pueden servir para proteger los derechos humanos, también pueden resultar un obstáculo para el cumplimiento de los mismos. A lo largo de los años, en algunas ocasiones la ley ha amparado a las personas que viven con el VIH o están afectadas por el virus; en otras, sin embargo, éstas se han visto obligadas a impugnar las leyes en los tribunales para lograr que incorporen la salvaguarda de los derechos humanos que, como toda persona, merecen. En el presente documento se ilustran las formas en que la vía judicial ha servido —o no— para fortalecer la base de los derechos humanos sobre la que se asientan las legislaciones nacionales. A continuación se exponen ejemplos de procesos judiciales relacionados con el VIH y llevados a cabo en diferentes lugares del mundo con el objetivo de ayudar a los legisladores, juristas, abogados y personas responsables de formular las políticas a entender y aplicar la ley de la forma más provechosa posible para la respuesta al SIDA.

En las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de las Naciones Unidas se insta a todos los países a asegurar que sus legislaciones apoyen la protección, el fomento y la observancia de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH y las personas vulnerables al virus. Confiamos en que las experiencias reales presentadas en esta publicación y las enseñanzas extraídas de ellas contribuyan a la labor de los países de lograr que sus legislaciones nacionales sean exponente del respeto de los derechos humanos de las personas afectadas por el VIH y, de ese modo, puedan convertirse en un eficaz instrumento de lucha contra el VIH.

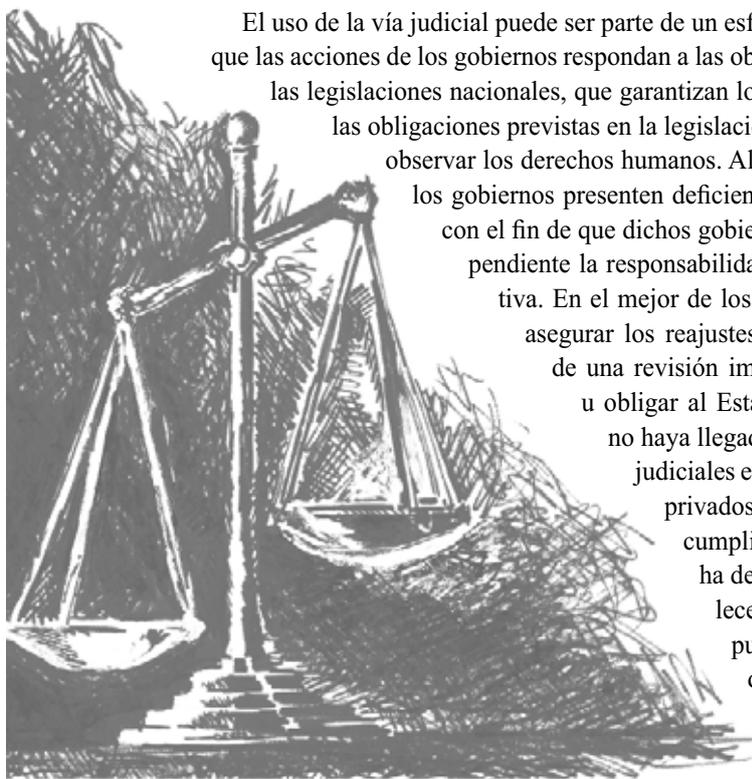


Joanne Csete
Directora ejecutiva
Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA

Introducción

El VIH y el SIDA han suscitado multitud de cuestiones legales y han provocado una “oleada jurídica” en muchos lugares.¹ Un aspecto de la respuesta a la epidemia vírica ha sido una “epidemia” de leyes y políticas. Ya en 1991, la Organización Mundial de la Salud elaboró una lista de 583 leyes y reglamentos relacionados con la infección por el VIH y el SIDA en diferentes países. En algunos casos, la legislación ha sido útil y proactiva a la hora de abordar algunos de los factores, bien estructurales bien individuales, que perpetúan o favorecen la epidemia. En otros casos, por desgracia, la legislación ha contribuido a prolongar e incluso a agravar el problema.

Así pues, no resulta extraño que una proliferación de leyes tal derive en una proporción análoga de procesos judiciales. Desde el comienzo de la epidemia, las respuestas al VIH y al SIDA se han basado con frecuencia en información errónea, en prejuicios y en el oportunismo político y, como consecuencia de todo ello, se han cometido violaciones de los derechos humanos. En otro orden similar de cosas, la falta de atención hacia los intereses y el bienestar de las personas excluidas socialmente, marginadas económicamente y/o impopulares políticamente ha llevado a la privación de los derechos humanos. La reparación de estas injusticias y la exigencia de cambios pueden reivindicarse mediante varios foros y estrategias. En la *Declaración universal de los derechos humanos* se estipula que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”² Ejercer —o intentar ejercer— este derecho constituye un mecanismo importante para defender o promover los derechos humanos de las personas con el VIH y de aquéllos cuya vulnerabilidad al VIH se ve aumentada a causa de la marginación y la privación de los derechos humanos.



El uso de la vía judicial puede ser parte de un esfuerzo más amplio destinado a asegurar que las acciones de los gobiernos respondan a las obligaciones de los Estados, recogidas en las legislaciones nacionales, que garantizan los derechos y las libertades, así como a las obligaciones previstas en la legislación internacional de respetar, proteger y observar los derechos humanos. Allí donde las políticas o las prácticas de los gobiernos presenten deficiencias, se puede recurrir a los tribunales con el fin de que dichos gobiernos asuman ante una institución independiente la responsabilidad de sus acciones o su falta de iniciativa. En el mejor de los casos, el proceso judicial servirá para asegurar los reajustes necesarios en la legislación a través de una revisión imparcial y fundamentada, o para instar u obligar al Estado a actuar a fin de llegar allí donde no haya llegado la voluntad política. En los procesos judiciales en que se demanda o se procesa a actores privados, se ponen a prueba la interpretación y el cumplimiento de las políticas públicas, pues se ha de determinar qué intereses deben prevalecer en las interacciones privadas, lo cual puede impulsar cambios en las políticas destinados a proteger o a lograr una sociedad más justa. En ocasiones, los procesos judiciales pueden respaldar a aquéllos socialmente desfavore-

¹ Justice Michael Kirby (Tribunal Superior de Australia). Presentación en el «Symposium international de réflexion sur le SIDA», París, 22-23 de octubre, 1987. Véase también: M Kirby. The New AIDS Virus—Ineffective and Unjust Laws. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 1988; 1: 304-312.

² Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) (1948), ONU Doc A/810: Artículo 8.

cidos, y entre ellos a los grupos más vulnerables al VIH, e incluso cuando las causas no prosperan, el proceso judicial puede servir para dirigir el foco de atención hacia áreas que requieren reformas jurídicas o políticas y, de ese modo, contribuir a un proceso de cambio social de mayor envergadura.

Las investigaciones llevadas a cabo para realizar este trabajo revelaron una vasta diversidad de patrones en los procesos judiciales relacionados con el VIH. En algunas jurisdicciones, las instancias judiciales inferiores y superiores han generado un gran número de resoluciones judiciales concernientes a múltiples cuestiones jurídicas planteadas en casos relacionados con el VIH y con SIDA. La jurisprudencia sobre casos relacionados con el VIH es especialmente amplia en diversos países de ingresos elevados. El motivo reside en que allí las condiciones son propicias, pues dichos países cuentan con regímenes jurídicos y mecanismos de reglamentación sofisticados y con organizaciones de la sociedad civil que disponen de recursos suficientes para emprender procesos judiciales y ejercer así influencia en la legislación o en las políticas. Además, en estos países, resulta más común encontrar abundante documentación sobre los procesos judiciales de ámbito nacional, incluidas las publicaciones periódicas en las que se informa de los nuevos avances logrados en la jurisprudencia relativa al VIH. En muchos otros países, sin embargo, por razones históricas, culturales o de recursos, las leyes y políticas relacionadas con el VIH han recibido un menor grado de atención y el VIH ha constituido con menor frecuencia el motivo de procesos contenciosos. Existen, desde luego, notables excepciones; los estudios de caso presentados a continuación ilustran varias de ellas.

Otro factor importante consiste en el frecuente desconocimiento de los abogados sobre los avances realizados en otras jurisdicciones, y por tanto también de las victorias jurídicas que podrían inspirarlos o ayudarlos a conseguir triunfos semejantes en el contexto en el que se encuentren. Las decisiones tomadas en instancias judiciales inferiores y superiores de jurisdicciones con menos recursos no suelen convertirse en información de dominio público accesible, de la misma manera que los abogados de tales entornos no siempre disfrutan de acceso a bases de datos, Internet u otros instrumentos necesarios para conocer los precedentes de otras jurisdicciones.

Así pues, esta compilación se centra expresamente en el análisis de los casos de países en desarrollo con miras a contribuir a la mayor repercusión de los mismos. Los casos fueron localizados mediante bases de datos jurídicas, fuentes de Internet e informes de prensa, así como a través de personas y organizaciones de numerosos países que trabajan en asuntos jurídicos o políticos relacionados con el VIH. La presente publicación no pretende ser temática ni geográficamente exhaustiva. La tarea, mucho más extensa, de crear un corpus mundial de casos relacionados con el VIH continúa pendiente. En este volumen, por tanto, se resumen sólo a modo de aportación inicial los casos seleccionados de tres áreas temáticas a las que pertenece un gran número de procesos contenciosos que fueron emprendidos con el fin de proteger y fomentar los derechos humanos de las personas que viven con el VIH, a saber:

- la discriminación relacionada con el VIH;
- el acceso al tratamiento del VIH; y
- la prevención y la atención relacionadas con el VIH en las prisiones.

Esta publicación ha sido elaborada *por* abogados y activistas de los derechos humanos y la lucha contra el VIH *para* abogados y activistas de los derechos humanos y la lucha contra el VIH. Su objetivo es ampliar la base de conocimientos de los abogados y destacar las formas en que la vía contenciosa ha sido empleada en una serie de países como instrumento estratégico para la protección de los derechos humanos, haya sido con o sin éxito. Aunque la legislación y el ordenamiento jurídico varían de unos países a otros, las cuestiones jurídicas relacionadas con las personas afectadas y que viven con el VIH son, en muchos casos, sorprendentemente similares. Compartir las experiencias de los procesos judiciales relacionados con el VIH puede llevar a un conocimiento más profundo de los obstáculos de índole no jurídica —tales como el estigma— que existen a la hora de utilizar la vía contenciosa como instrumento para proteger los derechos humanos; a un conocimiento del uso creativo de las leyes y los mecanismos jurídicos para proteger a las personas vulnerables y progresar en materia de derechos humanos; y, por último, a un conocimiento de las limitaciones de las leyes como instrumento de protección de los derechos humanos y, por consiguiente, de la importancia de conjugar los procesos judiciales con movilizaciones sociales más amplias y otras formas de activismo en pro de los derechos humanos.

I. La discriminación relacionada con el VIH



Canadá: el fallo del tribunal declara inconstitucional la discriminación contra un soldado VIH-positivo

Canadá (*Fiscalía general*) contra *Thwaites*, [1994] 3 TF 38 (Tribunal Federal del Canadá – Sala de Primera Instancia, 1994)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Canadiense de Derechos Humanos emitió el fallo original el 7 de junio de 1993.³ Tras el recurso de apelación, el Tribunal Federal del Canadá (Sala de Primera Instancia) pronunció la sentencia el 25 de marzo de 1994.

Partes implicadas

El demandante era Simon Thwaites, marinero cabo segundo de las Fuerzas Armadas canadienses. Thwaites presentó una demanda contra las Fuerzas Armadas canadienses alegando discriminación después de que el Ejército lo despidiera y limitara sus funciones y oportunidades basándose en su estado serológico positivo respecto al VIH.

Sentencia solicitada

Amparándose en la Ley canadiense de derechos humanos (*Canadian Human Rights Act*), el demandante pretendía obtener una decisión judicial que estipulara que las Fuerzas Armadas canadienses habían incurrido en discriminación ilícita por razón de discapacidad relacionada con la infección por el VIH, una indemnización por los salarios dejados de percibir en el pasado y los salarios que no percibiría en el futuro (en torno a CD\$ 150.000 o US\$ 130.000), una indemnización especial (CD\$ 5.000 o US\$ 4.300), y el pago de las costas.

Resultado

El Tribunal Federal respaldó el fallo original emitido por el Tribunal Canadiense de Derechos Humanos en el que éste declaraba que las Fuerzas Armadas canadienses habían incurrido en discriminación ilícita por razón de discapacidad relacionada con la infección por el VIH y concedía a Thwaites la indemnización por daños y perjuicios.

Circunstancias y hechos materiales⁴

Thwaites llevaba aproximadamente nueve años y medio, de junio de 1980 al 23 de octubre de 1989, sirviendo en las Fuerzas Armadas canadienses cuando le dieron la baja médica por enfermedad a causa de su estado VIH-positivo. En el momento de la inhabilitación, Thwaites manejaba armamento pesado y equipos de vigilancia electrónica en diferentes buques de guerra.

En 1986, Thwaites descubrió que era VIH-positivo. Desde mayo de 1986 hasta noviembre de 1987 la progresión de la enfermedad transcurrió sin incidentes, pero en otoño de 1986 lo obligaron a retirarse del curso de cualificación para ascender a cabo primero y, al mismo tiempo, le rebajaron el grado de autorización de acceso al material clasificado. (Fue en una vista celebrada en 1992 cuando

³ *Thwaites contra Canadá (Fuerzas Armadas canadienses)*, [1993] CHRD N° 9 (QL).

⁴ Este resumen y algunos de los comentarios posteriores han sido adaptados a partir de: R Ellis & P Engelmann. HIV/AIDS and the Military in Canada. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 1995; 1(3): 1, 14-15.

Thwaites se enteró de que el desencadenante de dichas medidas había sido su orientación sexual y no su estado positivo con respecto al VIH.⁵) A finales de octubre y durante el mes de noviembre de 1987, Thwaites comenzó a presentar síntomas del VIH tales como sudores nocturnos y un descenso en el recuento de linfocitos T. En marzo de 1988, los médicos militares llevaron a cabo una evaluación basándose únicamente en el historial médico de Thwaites (es decir, no lo sometieron a un reconocimiento físico en persona), y en ese mismo momento se procedió a rebajarle de categoría en la clasificación médica. A consecuencia de ello, en noviembre de 1988 las Fuerzas Armadas canadienses decidieron licenciarlo, haciendo efectiva su licencia el 23 de octubre de 1989.

En octubre de 1989, tras ser relevado de su puesto, Thwaites presentó una demanda ante la Comisión Canadiense de Derechos Humanos. En su demanda alegaba que había sido discriminado por razón de discapacidad.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

En junio de 1993, tras una larga investigación llevada a cabo en 1992, el Tribunal Canadiense de Derechos Humanos respaldó la demanda de Thwaites. Según el tribunal, las Fuerzas Armadas canadienses tenían la obligación de evaluar debidamente los riesgos que comportaba la permanencia de Thwaites en el ejército, incluidos los riesgos que representaban las salidas al mar, lejos de instalaciones hospitalarias. Asimismo, el tribunal determinó que el ejército debía haber tenido en cuenta otras muchas alternativas antes de proceder a la licencia inmediata de Thwaites. Entre estas alternativas figuraban la posibilidad de llevar asistentes sanitarios en los buques que, junto a los médicos militares, proporcionarían asistencia a Thwaites, y la posibilidad de trasladar a Thwaites a otro puesto militar.

El tribunal consideró que el ejército había discriminado a Thwaites por razón de su discapacidad (la infección por el VIH), en contra de lo que estipula la Ley federal canadiense de derechos humanos (*Canadian Human Rights Act*). Asimismo, declaró que el ejército había incumplido su deber legal de adaptarse a la discapacidad de Thwaites y de evaluar individualmente sus capacidades en el contexto del riesgo potencial que suponía para sí mismo y para otros. Por último, estimó que el aumento del riesgo que comporta mantener a una persona con una discapacidad en las Fuerzas Armadas tenía que ser superior a un riesgo mínimo para que dichas Fuerzas pudieran justificar el despido de dicha persona.

Como parte de la indemnización, el tribunal ordenó al ejército el pago de los salarios atrasados así como la cantidad correspondiente a algunas mensualidades futuras que Thwaites habría percibido si las Fuerzas Armadas canadienses lo hubieran mantenido en su puesto. El tribunal otorgó la cifra máxima por daños morales (CD\$ 5.000 o aproximadamente 4.300 US\$), y la suma total de la indemnización ascendió a más de CD\$ 160.000 (aproximadamente US\$ 139.000). El tribunal también impuso al demandado el pago de las costas procesales y los gastos de procedimiento.

El ejército presentó un recurso de apelación ante el Tribunal Federal del Canadá (Sala de Primera Instancia). Además, solicitó al Tribunal Federal un auto cautelar autorizando la retención del pago en espera del resultado de la apelación judicial. En septiembre de 1993, el Tribunal Federal le denegó al ejército el auto cautelar arguyendo que a Thwaites “se le debía dejar vivir el resto de sus días con dignidad”.

En marzo de 1994, el Tribunal Federal desestimó la solicitud de apelación judicial presentada por el ejército. En el fallo, el Tribunal expresaba algunas reservas acerca del razonamiento técnico-jurídico del tribunal inferior sobre las sutiles distinciones en la ley canadiense contra la discriminación en el contexto laboral tal como se entendía en el momento. No obstante, en las conclusiones y

⁵ Thwaites contra Canadá (Fuerzas Armadas canadienses), [1993] CHRD No 9 (Tribunal Canadiense de Derechos Humanos, Sentencia N° 9/93) (QL).

resultados básicos, estimó que la decisión del tribunal había sido correcta; por consiguiente, no existía causa para interferir en su resolución.

Comentario

Resulta interesante observar, tal como hizo el tribunal, que el ejército había aplicado al VIH un enfoque más estricto desde 1985, cuando se introdujeron las primeras políticas al respecto. En un primer momento, las autoridades médicas del ejército favorecieron un enfoque flexible adaptado a las necesidades individuales de cada miembro del personal después de llevar a cabo una evaluación de sus capacidades. Sin embargo, en 1988, el ejército optó por aplicar un enfoque basado en las categorías de la clasificación médica, lo que automáticamente llevó a etiquetar a las personas que vivían con el VIH como no aptas para el servicio desde el punto de vista médico.

En 1991 se modificó este enfoque y se estipuló que la baja médica automática sólo podía expedirse bien a las personas sintomáticas, bien a las personas asintomáticas con un recuento de linfocitos T inferior a 500. Cabe señalar, sin embargo, que la aplicación de esta medida llevó a licenciar a muchos individuos asintomáticos a pesar de su buen estado de salud. Sobre esta nueva directriz, el tribunal declaró en el caso *Thwaites* que “las Fuerzas Armadas Canadienses no pueden eludir la responsabilidad de tratar individualmente los casos de estas personas”. Manifestó que “resulta inapropiado estipular una categoría médica e incluir en ella a todas las personas infectadas.”

El caso *Thwaites* dio lugar a uno de los primeros fallos judiciales del mundo que abordaba el asunto de la discriminación dentro del ejército contra las personas que viven con el VIH. Como puede observarse en otros casos presentados aquí, los tribunales de otras muchas jurisdicciones no han aplicado un enfoque basado en los derechos humanos a los casos de discriminación contra el personal militar VIH-positivo. Aparte del problema de la discriminación relacionada con el VIH en el contexto específico del ejército, el fallo del caso *Thwaites* sentó un importante precedente en la jurisprudencia canadiense para las personas que viven con el VIH y que continúan con su actividad laboral.

Colombia: la Corte Constitucional dictamina que el despido vulneró los derechos a la igualdad, al trabajo, a la intimidad, a la salud y a la seguridad social del trabajador

XX contra Corporación Gun Club y otros, Corte Constitucional, Sentencia núm. SU-256/96 (1996)

Tribunal y fecha del fallo

La audiencia plenaria de la Corte Constitucional pronunció esta sentencia el 30 de mayo de 1996.

Partes implicadas

El demandante “XX”, cuya identidad fue omitida por orden de la Corte, era un ex empleado de la Corporación Gun Club. Los acusados eran la Corporación Gun Club (“Gun Club”), el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y un médico empleado por el Gun Club para proporcionar servicios médicos a los trabajadores. El demandante fue representado en su defensa por la Liga Colombiana de Lucha contra el SIDA.

Sentencia solicitada

La demanda ponía en entredicho la legalidad de la decisión de la Corporación Gun Club de rescindir el contrato de trabajo de XX después de que éste diera positivo en las pruebas del VIH. El demandante aspiraba a obtener varias sentencias que lo compensaran por los beneficios perdidos a consecuencia de su despido, entre los que figuraba su derecho a percibir una pensión por enfermedad del Instituto de Seguros Sociales. El demandante solicitó que la Corte:

- ordenara a la Corporación Gun Club que continuara pagando la retribución básica mensual por un periodo de catorce meses hasta que XX comenzara a percibir la pensión por enfermedad del Instituto de Seguros Sociales;
- ordenara a la Corporación Gun Club que continuara pagando las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales hasta que dicha entidad se hiciera cargo de la pensión de XX;
- condenara la violación del derecho a la intimidad del paciente cometida por el Instituto de Seguros Sociales y el médico acusado, y ordenara que ambos indemnizaran a XX por los daños causados;
- enviara copia del fallo a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que pudiera investigarse la conducta del juez del distrito judicial que vio la causa en primera instancia; y
- ordenara a la Secretaría de Salud del Distrito y al Ministerio de Salud que investigaran otras dos empresas a las que XX había acudido en busca de empleo por exigir la prueba del VIH a los aspirantes a un puesto de trabajo.

Resultado

El 20 de mayo de 1996, la mayoría de la audiencia plenaria de la Corte Constitucional respaldó el recurso de apelación de XX contra los fallos de instancias inferiores, reconociendo sus derechos a la igualdad, la dignidad, el trabajo, la salud y la seguridad social. La Corte Constitucional ordenó que:

- el Gun Club indemnizara al demandante XX por los daños causados con su despido;
- el demandante obtuviera cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales en el mismo régimen de prestaciones que en la fecha anterior a su despido;
- el Instituto de Seguros Sociales concediera al demandante una pensión por enfermedad a partir de la fecha en que éste entrara en la fase sintomática de la enfermedad del SIDA; y
- se enviaran copias de la sentencia al Tribunal de Ética Médica.

Circunstancias y hechos materiales

El demandante XX trabajó en la Corporación Gun Club del 16 de marzo de 1992 en adelante. Durante este periodo, XX recibió atención médica del Dr. Álvaro Murra Erazo, el tercer acusado en este caso, que estaba asociado al Club y que proporcionó servicios médicos a XX en las instalaciones del Club. Actuando en representación del gerente del Gun Club, el médico ordenó a XX que se sometiera a las pruebas del VIH el 28 de abril de 1994. Según XX, el médico recomendó a XX que dejara el Gun Club después de que el resultado de la prueba indicara que XX era VIH-positivo. Aquel mismo día, el director del Club llamó a XX a su despacho y le hizo firmar una carta previamente elaborada solicitando un permiso remunerado por un periodo de 30 días. Posteriormente el Club le concedió otro permiso remunerado por otro mes el 1 de junio de 1994. El 1 de julio de 1994, fecha en la que finalizaba el segundo permiso, XX recibió una carta de la gerencia del Club en la que se le comunicaba la rescisión de su contrato laboral.

El 3 de agosto de 1994, XX y el Gun Club acudieron a una vista de conciliación ante el Juzgado Décimo Laboral del Distrito de Santafé de Bogotá. Como resultado de la vista de conciliación, el Gun Club accedió a pagar al demandante una cantidad mensual de \$170. Según el demandante, esta decisión era contraria a la ley, que estipula que ese tipo de prestaciones deben realizarse mediante un único pago y de inmediato. Posteriormente, cuando XX se dirigió al director del Club para recibir el pago, éste le dijo que el Club no tenía ninguna responsabilidad para con él. Durante este periodo, XX no pudo conseguir un empleo, pues en dos de las empresas a las que fue a buscar trabajo le exigieron las pruebas del VIH para poder acceder al puesto.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

En primera instancia, la causa fue vista por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. En agosto de 1995, resolvió tutelar de forma transitoria, para evitar un perjuicio irreparable, los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor XX. El Tribunal ordenó a la Cooperación Gun Club asumir los servicios médicos que requería el demandante durante el periodo en que la causa estuviera en manos de los tribunales. El tribunal concluyó que el Gun Club había conculcado los derechos a la vida y la salud del señor XX, pero que resultaba imposible determinar que el Instituto de Seguros Sociales y el médico acusado habían violado el derecho a la intimidad. Tanto XX como el Gun Club recurrieron la decisión del tribunal.

La primera apelación fue vista por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que decidió revocar el fallo de primera instancia y negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por XX. El tribunal basó su decisión en el hecho de que XX había obtenido recientemente un puesto de trabajo en la compañía Wimpy Colombiana Ltd., lo cual le permitía acceder a los

servicios médicos y reclamar una pensión de invalidez, considerando así que no existían pruebas de un perjuicio irreparable que permitiese a XX continuar con el proceso de demanda basado en los derechos a la vida y a la salud.

La apelación de dicho fallo fue vista por la audiencia plenaria de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional consideró que, como principio orientador, la discriminación contra las personas que viven con el VIH o con SIDA resulta inadmisibles. Afirmó que “[e]l grado de civilización de una sociedad se mide, entre otras cosas, por la manera en que asiste a los débiles, los enfermos y, en general, a los más necesitados, y no, en cambio, por la manera en que permite su discriminación o su eliminación.” La Corte concluyó que el Estado no podía permitir la discriminación contra las personas que viven con el VIH o con SIDA por dos razones:

En primer lugar, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, *per se*, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, que constituye la base del orden social. Y en segundo lugar, porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo 13 superior [de la Constitución de Colombia], comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta.

Respecto al proceso de conciliación entre XX y la Corporación Gun Club ante el Juzgado Laboral, la Corte Constitucional declaró que la conciliación sólo era válida cuando no estaban en juego los derechos fundamentales. Por consiguiente, la Corte resolvió considerar de nuevo los derechos invocados en el proceso.

La Corte estimó que el Club no gozaba de libertad absoluta para rescindir el contrato laboral y declaró que si bien no existía para el empleador la obligación de preservar el contrato de trabajo a perpetuidad, el empleado “no puede ser despedido por su condición de infectado por el VIH, pues esta motivación implica una grave segregación social, una forma de *apartheid* médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación.”

La Corte Constitucional estimó inadecuado, considerando los hechos del caso, ordenar el reintegro de XX a su anterior puesto de trabajo. La Corte alegó que XX no había solicitado esa forma de compensación y que su reincorporación a la empresa no resarciría los daños infringidos a su dignidad, sino que, antes bien, el reintegro podría constituir un riesgo para XX, teniendo en cuenta que sus ex empleadores y compañeros conocían su situación médica.

Así pues, la Corte Constitucional concluyó que el modo más eficaz para tutelar los derechos del demandante era una indemnización económica por los daños y el restablecimiento de su derecho a la seguridad social (que dependía de las cotizaciones basadas en el empleo). La Corte decretó que el Gun Club debía pagar lo previamente acordado en la vista de conciliación ante el Juzgado Laboral e indemnizar a XX por daños y perjuicios con una cantidad fijada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, ordenó el restablecimiento de la afiliación de XX al Instituto de Seguros Sociales y decretó que el demandante tenía derecho a una pensión de invalidez a partir del momento en que su cuadro clínico se ajustara a lo establecido para acceder a dicha prestación.

La Corte Constitucional decretó también que el Dr. Murra, el médico acusado, estaba vinculado tanto con el Instituto de Seguros Sociales como con el Gun Club, y que fue dicha vinculación la que permitió que el Club conociera el estado serológico respecto al VIH de XX. La Corte estimó que la revelación de la situación clínica de XX al empleador del mismo constituía una violación del derecho a la intimidad del paciente. Así, la corte confirmó la solicitud de investigación de la conducta del doctor y ordenó que, para tal efecto, se enviara una copia de la sentencia al Tribunal de Ética Médica.

Por último, la Corte Constitucional consideró que XX tenía expeditas otras vías para emprender cualquier acción contra las dos compañías que de forma discriminatoria solicitaron en el proceso de selección de personal que XX se sometiera a las pruebas del VIH.

Comentario

El fallo de la Corte Constitucional estaba basado en derechos constitucionales tales como los derechos a la intimidad, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. La aplicación de estas leyes queda recogida en el derecho internacional y en las leyes que protegen los derechos humanos.

La decisión de la Corte Constitucional representa una aplicación de las leyes contra la discriminación previstas por el derecho colombiano. La ley internacional de derechos humanos garantiza el derecho a la no discriminación sea por el motivo que fuere, lo que incluye el despido improcedente por causa del conocimiento del estado serológico respecto al VIH del trabajador. En los artículos 2 y 26 del *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* se prohíbe la discriminación. El artículo 26 estipula:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁶

La Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha confirmado que en los artículos de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe interpretarse que “cualquier otra condición” incluye la condición clínica y, por ende, el estado serológico respecto al VIH/SIDA.⁷

El despido de un empleado por causa de su estado serológico positivo respecto al VIH es claramente contrario al derecho a la no discriminación previsto en la legislación internacional, y los Estados deben legislar contra tales conductas y proporcionar las soluciones pertinentes. De modo similar, la exclusión de pacientes VIH-positivos del régimen de prestaciones sanitarias o del sistema de pensiones médicas constituye una forma de discriminación ilícita. Asimismo, la privación de prestaciones sanitarias conculca el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel posible de salud recogido en el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Dicho artículo obliga a adoptar medidas, entre las que “figurarán las necesarias para [...] la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

⁸ En el Comentario General 14, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas explicó que “los establecimientos, bienes y servicios deben ser accesibles a todos, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.”⁹ Entre estos motivos figura “el estado de salud (incluido el VIH/SIDA).”¹⁰

⁶ Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Artículo 26.

⁷ Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resoluciones 1995/44 (3 de marzo de 1995) y 1996/43 (19 de abril de 1996), entre otras.

⁸ Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 12(d).

⁹ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (Comentario general 14), Naciones Unidas, Doc. E/C.12/2000/4 (2000), Párr. 12(b).

¹⁰ *Ibíd.*, Párr. 18.

En este caso también se produjo una situación en la que un individuo fue obligado a someterse a las pruebas del VIH por su médico, quien posteriormente desveló el resultado de dichas pruebas al empleador y a otras personas del lugar de trabajo del paciente. Tal conducta viola el derecho a la intimidad reconocido, por ejemplo, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 y en posteriores tratados. El artículo 12 de dicha Declaración estipula que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

El derecho a la intimidad reviste especial importancia en el contexto sanitario, y en particular cuando se trata del VIH, pues éste continúa fuertemente estigmatizado. En el contexto del VIH, la protección del derecho a la intimidad resulta vital para reducir el miedo a la discriminación de los individuos a la hora de recurrir a los servicios de pruebas y tratamiento del VIH. Esto significa que los Estados deben adoptar medidas, no sólo por respeto al derecho a la intimidad, sino en aras de elaborar unas políticas sanitarias públicas firmes y velar por el derecho a la salud, con el fin de asegurar una protección adecuada de la intimidad de las personas que viven con el VIH. En relación con la conducta del médico en este caso, que fue pertinentemente censurada por la Corte Constitucional, cabe destacar que tanto el Comentario General 14 sobre el derecho a la salud de conformidad con el *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, como las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de las Naciones Unidas recomiendan que “[los Estados velen por que] el gobierno y el sector privado elaboren códigos de conducta sobre cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA que conviertan a los principios de derechos humanos en códigos de responsabilidad y práctica profesionales y establezcan los mecanismos apropiados para poner en práctica y hacer cumplir esos códigos.”¹¹

Finalmente, el fracaso a la hora de proporcionar asesoramiento previo y posterior a las pruebas del VIH constituye una limitación del derecho humano a recibir información esencial sobre la salud. El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud incluye el “derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”¹² y conlleva la obligación positiva para los Estados de adoptar las medidas necesarias para “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.¹³ A fin de que todas estas obligaciones se cumplan plenamente en todo lo relativo al VIH/SIDA, las *Directrices internacionales* aconsejan que “la legislación de salud pública [...] asegure que, siempre que sea posible, se proporcione asesoramiento previo y posterior a las pruebas en todos los casos”¹⁴ porque el asesoramiento vela por el carácter voluntario de las pruebas del VIH y contribuye a la eficacia de la atención o la prevención del VIH subsiguientes.

¹¹ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Comentario general 14, Párr. 18; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. *El VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales* (1998), Párr. 10.

¹² Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Comentario general 14, Párr. 12(b) (iv).

¹³ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Comentario general 14, Párr. 18; *Directrices internacionales*, Párr. 10.

¹⁴ *Directrices internacionales*, Párr. 28(c).

India: el tribunal falla contra la política de un empleador de negarse a contratar a personas que viven con el VIH

MX contra ZY, AIR 1997 Bom 406 (Tribunal Superior de la Judicatura, 1997)

Tribunal y fecha del fallo

Este fallo fue emitido en 1997 por el Tribunal Superior de la Judicatura de Bombay.

Partes implicadas

El demandante, MX, trabajaba como jornalero temporal para la compañía demandada, ZY, una corporación del sector público controlada por el gobierno nacional de la India. El gobierno fue llamado en calidad de segundo acusado en el proceso judicial.

Sentencia solicitada

MX interpuso una demanda contra la empresa tras tomar ésta la decisión discriminatoria de negarle un puesto de trabajo a causa de su estado serológico positivo respecto al VIH, solicitando además que se pusiera fin a las políticas discriminatorias de la empresa y se le restituyera a su puesto de trabajo con una indemnización y los salarios atrasados.

Resultado

El Tribunal Superior respaldó la petición. Ordenó la reincorporación del demandante y la asignación de un puesto de trabajo al mismo si el reconocimiento médico demostraba que era físicamente apto. Asimismo, concedió a la parte demandante una indemnización de 40.000 rupias (o US\$ 900) en compensación por los ingresos no percibidos durante el tiempo que permaneció sin empleo.

Circunstancias y hechos materiales

En 1986, MX fue entrevistado por la compañía ZY y contratado como jornalero temporal desde dicha fecha y hasta aproximadamente 1994. Según la política y las prácticas de la compañía, los jornaleros temporales se inscribían en un registro y pasaban a formar parte de una lista de espera. Aquéllos que, según los análisis médicos, fueran físicamente aptos para el trabajo eran finalmente contratados como trabajadores fijos. En 1990, MX se sometió a un reconocimiento médico realizado por un médico de la empresa. El examen médico comprendía varios análisis y en su caso no se detectó nada irregular. A MX se le continuó asignando un puesto temporal, mientras que, según alegó el demandante, otros candidatos de la lista de espera, unos con más y otros con menos antigüedad que él en el servicio, fueron nombrados para cubrir las vacantes en el régimen fijo.

En 1993, se solicitó de nuevo a MX que se sometiera a un reconocimiento médico que incluía las pruebas del VIH. MX dio positivo en dichas pruebas, pero por lo demás su estado de salud era bueno. El médico que realizó el reconocimiento certificó que MX era físicamente apto para el trabajo. A pesar de la evaluación médica, la compañía ZY excluyó a MX de la lista de espera de jornaleros inscritos.

MX escribió a la compañía reclamando que era físicamente apto para desempeñar su labor y que era la única fuente de ingresos de su familia. Asimismo, se dirigió por escrito al director de servicios de salud del gobierno estatal para ponerle al corriente de sus circunstancias y solicitar la intervención de las autoridades a fin de que la Compañía ZY le permitiera seguir trabajando al menos como jornalero temporal. El director remitió una carta a la compañía ZY informando de que no existía justificación médica alguna para negarse a contratar a MX e instó a la empresa a contratar de nuevo a MX como jornalero temporal. El director también remitió a la compañía a las directrices elaboradas por el Programa nacional de control del SIDA, donde se estipulaba que el estado VIH-positivo de un trabajador no constituía una causa aceptable para su despido.

El departamento del VIH/SIDA del Colectivo de Abogados, una organización que proporciona servicios de asesoramiento jurídico a las personas que viven con el VIH/SIDA y que estudia y apoya cuestiones de índole jurídica relacionadas con el VIH, decidió investigar el asunto a fondo. La organización descubrió que la compañía había expedido circulares obligando a todos sus trabajadores y aspirantes a someterse a las pruebas del VIH con el fin de excluir a las personas VIH-positivas de su lista de candidatos y despedir a las que estuvieran contratadas. El Colectivo de Abogados interpuso una demanda en nombre de MX alegando que la compañía había conculcado sus derechos constitucionales, recusó la exclusión de MX de la lista de espera y solicitó que se le restituyera a su puesto respetando sus años de antigüedad y se le retribuyeran los salarios atrasados y las prestaciones.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El demandante MX alegó que, según el Artículo 21 de la Constitución de la India, que protege el derecho a la vida, a él le asistía el derecho constitucional a ganarse la vida, lo que en jurisprudencias anteriores había sido establecido como un aspecto importante del derecho a la vida. Además, toda privación de este derecho debía ser justificada de acuerdo con la protección constitucional del derecho a la igualdad (Artículo 14). Esto exige que cualquier trato desigual deba estar racionalmente vinculado con un procedimiento establecido en la legislación y ser además equitativo, justo y razonable.

La compañía ZY alegó que al demandante MX no le asistía derecho jurídico a ser contratado como jornalero fijo. Asimismo, arguyó que la compañía estaba en su legítimo derecho a exigir que los candidatos cumplieran los requisitos médicos antes de concederles el trabajo, y que por tanto tenía derecho a rechazar a un candidato cuyos análisis médicos demostraban que padecía una grave enfermedad. Por último, la compañía alegó que contratar a una persona en esas condiciones conllevaría una serie de consecuencias financieras y administrativas de las que la compañía no estaba obligada a hacerse cargo.

El Tribunal desestimó los argumentos de la compañía y falló a favor del demandante MX. El Tribunal consideró que:

...la decisión impugnada de negar empleo a una persona infectada por el VIH basándose únicamente en el estado serológico respecto al VIH de dicha persona, sin tener en cuenta su capacidad para desempeñar las funciones que requiere el puesto de trabajo y sin considerar que no constituye amenaza alguna para otras personas en el lugar de trabajo, es sin lugar a dudas arbitraria e injustificada e infringe lo establecido en el Artículo 14 y en el Artículo 21 de la Constitución de la India. Por consiguiente, estimamos que la circular [del empleador] [...] en la medida en que está destinada a rescindir el contrato con el empleado si éste da positivo en las pruebas ELISA del VIH, es inconstitucional, ilícita y no válida y, por tanto, queda anulada.¹⁵

¹⁵ MX contra ZY, AIR 1997 Bom 406 (Tribunal Superior de Judicatura, 1997), Párr. 54, disponible en: www.lawyerscollective.org.

En su fallo el Tribunal hizo especial hincapié en la importancia de la no discriminación en el contexto de la respuesta al VIH/SIDA:

En nuestra opinión, el Estado y las corporaciones públicas como [ZY] no pueden adoptar una postura implacable e inhumana negándose a contratar a las personas que no puedan ofrecer garantía de que trabajarán para ellos desde el momento de la contratación hasta su jubilación. Como se desprende del material al que nos hemos remitido ya con todo detalle en la presente sentencia, lo más importante en cuanto a las personas infectadas por el VIH es la necesidad de brindarles apoyo económico y de la comunidad y no discriminarlas. Teniendo en cuenta la propagación y la presente amenaza que constituye esta enfermedad para el mundo en general y para este país en particular, no se puede permitir que el Estado condene a las víctimas de la infección por el VIH, muchas de las cuales pueden llegar a ser verdaderamente desafortunadas, a una muerte económica. Ello no beneficia en modo alguno al interés público y, de acuerdo con la Constitución, resulta inadmisibles. Los intereses de las personas VIH-positivas, los intereses del empleador y los intereses de la sociedad deben equilibrarse en tales casos. Y si ello conlleva atribuir cierta carga económica al Estado, las corporaciones públicas o la sociedad, éstas deben asumir dicha carga en beneficio de un interés público más amplio.¹⁶

Una vez expuestas las conclusiones sobre la conculcación de los derechos constitucionales, el Tribunal dio paso a la resolución judicial. Además de anular la política discriminatoria de la empresa ZY, el Tribunal ordenó la reincorporación inmediata de MX a la lista de trabajadores temporales para que al demandante se le ofreciera trabajo cuando lo hubiera. Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre su despido inicial y la fecha del fallo, el Tribunal decretó asimismo que MX fuera sometido de nuevo a los análisis médicos pertinentes para evaluar su estado de salud y ordenó que la compañía contratara a la parte demandante como trabajador fijo si tras el reconocimiento médico se estimaba que éste era físicamente apto para realizar el trabajo. Por último, el Tribunal estimó que la compañía debía pagar a MX los salarios atrasados en concepto de los ingresos perdidos desde la fecha en que se hizo efectivo el despido improcedente del trabajador.

Comentario

Este caso sentó un precedente muy positivo en la jurisprudencia de la India en lo referente al derecho a la igualdad en el trabajo de las personas que viven con el VIH, y responde a una normativa internacional sobre derechos humanos ampliamente aceptada. A pesar de que el Tribunal Superior no se refirió expresamente en el fallo a ninguno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que abordan la discriminación, sí hizo multitud de referencias a disposiciones de políticas de fuera de la India sobre la cuestión del VIH y el empleo, entre las que figuran la resolución de la Organización Mundial de la Salud aprobada por los Estados Miembros, la Organización Internacional del Trabajo y el Código sobre el VIH/SIDA y el empleo de África Austral. Asimismo, el Tribunal citó la Política nacional sobre pruebas del VIH publicada en 1995 por la Organización nacional de control del SIDA, que es competencia del Ministerio de Salud y Bienestar de la Familia de la India. Todos los documentos mencionados proporcionan una orientación clara y establecen que la obligatoriedad de las pruebas del VIH en el contexto laboral constituye una práctica irracional e injustificada y supone una violación de los derechos humanos.

Desgraciadamente, si bien la decisión general fue muy positiva, el Tribunal Superior no prohibió expresamente las pruebas del VIH en el proceso de precontratación laboral, una cuestión que sí se abordaba en varias de las fuentes citadas. De hecho, el fallo del Tribunal Superior dejaba una puerta abierta a la aplicación de dicha práctica. Al estimar que el demandante debía someterse de nuevo al reconocimiento médico para evaluar su aptitud física para el puesto, el Tribunal matizó que las pruebas médicas debían “incluir las del VIH”, a pesar de haber estimado que el estado serológico

¹⁶ *Ibíd.*, Párr. 56.

respecto al VIH del demandante no era pertinente para la decisión laboral. A este respecto, la cuestión de si las pruebas del VIH durante el proceso de selección de personal (o si exigirle a un trabajador ya contratado que se someta a dichas pruebas) conculca los derechos humanos se dejó de lado para ser abordada en otro caso.

Como cuestión colateral, en este caso, el Tribunal Superior también tuvo en cuenta la petición del demandante de suprimir su identidad. El Tribunal se remitió a precedentes de la Corte Suprema de la India y de tribunales australianos al estimar que la petición del demandante era pertinente y que actuaba “en interés de la administración de la justicia” dado el extendido estigma social asociado todavía al VIH y al ostracismo y la discriminación que todavía padecían las personas que vivían con el VIH. Esto supuso un avance muy positivo para el derecho indio, ya que se daba solución a una de las trabas con que, entre otras muchas, se encontraban las personas que vivían con el VIH a la hora de recurrir a los tribunales y al sistema judicial para proteger y fomentar sus derechos humanos.

India: la Corte Suprema niega el derecho al matrimonio de las personas que viven con el VIH, y posteriormente se retracta

Sr. X contra Hospital Z, (1998) 8 SCC 296, recurrida en 2002 SCCL.COM 701 (Recurso civil núm. 4641 of 1998), Corte Suprema de la India (1998 & 2002)

A, C y otros contra Unión de la India y otros, Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay [Mumbai], Solicitud de orden judicial núm. 1322 de 1999

Tribunal y fecha del fallo

El fallo inicial de la Corte Suprema de la India en el caso del Sr. X contra Hospital Z fue emitido el 21 de septiembre de 1998. El 10 de diciembre de 2002, la Corte Suprema reconsideró ciertos aspectos de la sentencia original que habían traspasado los temas presentados en un principio ante dicha Corte y con la que ésta había negado el derecho al matrimonio de las personas que viven con el VIH. En el ínterin, el Tribunal Superior de Bombay [Mumbai] emitió el fallo del caso *A, C y otros* presentado en 1999, en el que se reclamaba una interpretación de la sentencia original de 1998 de la Corte Suprema que mostrara con claridad respeto y protección de los derechos humanos.

Partes implicadas

El apelante, el Sr. “X”, era una persona que vivía con el VIH y cuya confidencialidad había sido vulnerada por el demandado, el hospital “Z”.

Sentencia solicitada

El apelante exigió una reparación por los daños causados por la vulneración de su derecho a la confidencialidad, que había desencadenado la anulación de su boda y lo había condenado al ostracismo en su comunidad.

Resultado

La Corte Suprema rechazó la reclamación de daños y perjuicios del Sr. X y absolvió al hospital y al médico de la responsabilidad de no haber respetado la confidencialidad alegando que la revelación de la información quedaba justificada en tanto que éstos habían actuado en interés de la protección de la prometida del Sr. X. De modo innecesario, la Corte decretó que según el código penal de la India —que condena todo acto maligno o negligente que pueda contribuir a la propagación de una enfermedad infecciosa peligrosa para la vida— el derecho al matrimonio de las personas infectadas por el VIH quedaba suspendido. Posteriormente se pidió a la Corte Suprema que reconsiderara esta decisión; en el subsiguiente fallo, la Corte se distanció de estas afirmaciones.¹⁷

¹⁷ Tribunal Supremo de la India (2002). 2002 SCCL.COM 701.

Circunstancias y hechos materiales

El Sr. X era médico de un servicio gubernamental y se le pidió que acompañara a un pariente suyo que trabajaba en un ministerio gubernamental del estado de Nagaland a un hospital de Madras, donde iba a ser sometido a una operación quirúrgica. Durante la operación, el paciente necesitó una transfusión de sangre. El Sr. X accedió a donar sangre, para lo cual fue sometido a varias pruebas. Aunque su sangre finalmente no fue utilizada para la transfusión, se descubrió que el Sr. X era VIH-positivo. Unas semanas después, el Sr. X le propuso el matrimonio a la Srta. “Y”, y ambos programaron casarse unos meses más tarde. Por alguna razón, el médico que había atendido al pariente del Sr. X durante la operación informó al ministerio de que el Sr. era VIH-positivo. El ministro de turno informó a la hermana del Sr. X. El Sr. X volvió tiempo después al hospital, donde se sometió a pruebas adicionales que confirmaron su estado serológico positivo respecto al VIH. El Sr. X se reunió con la Srta. Y y su familia, y acordaron suspender la boda. Sin embargo, la noticia sobre el estado del Sr. X se extendió por toda la comunidad, y el ostracismo derivado fue tan exagerado que el Sr. X acabó por marcharse de su estado natal y trasladarse a Madras.

El Sr. X interpuso una demanda por daños y perjuicios contra el Hospital Z ante la Comisión Nacional del Consumidor alegando que el médico de dicho hospital había incumplido su obligación jurídica de proteger la confidencialidad del estado serológico respecto al VIH del Sr. X, con el consiguiente perjuicio para el demandante. La Comisión rechazó la petición argumentando que sería más apropiado presentarla ante un tribunal civil. El demandante recurrió la decisión de la Comisión ante la Sala Civil de Apelaciones de la Corte Suprema de la India.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Tal como se expuso en el fallo de la Corte Suprema, según la Ley del Consejo Médico de la India (*Indian Medical Council Act*), el Consejo está autorizado a recomendar normas jurídicamente vinculantes sobre la conducta profesional de quienes ejercen la medicina. Según lo estipulado en dicha ley, el Código de Ética Médica prohíbe a los médicos revelar “los secretos de un paciente conocidos durante el ejercicio de su profesión”. La excepción establece que tales secretos “sólo pueden ser revelados en un Tribunal de Justicia por orden del juez que presida dicho tribunal”.

La Corte admitió el principio básico de que la obligación del médico de no revelar información respondía al derecho a la confidencialidad que asistía al paciente. La Corte expuso que un “derecho” es un interés cuya violación puede constituir un delito. El respeto de dicho interés constituye un deber jurídico. Sin embargo, la Corte también alegó el punto de vista de que dicha correlación no es absoluta; no todo derecho deriva en un deber. Así, la Corte estimó que, en este caso, se daba una excepción a la obligación de mantener la confidencialidad que vinculaba al médico:

El argumento [...] del apelante [Sr. X], por consiguiente, de que los demandados [el Hospital Z y el médico] tenían el deber de mantener la confidencialidad de acuerdo con el Código de Ética Médica formulado por el Consejo Médico de la India no puede ser aceptado, ya que la proposición de matrimonio [a la Srta. Y] suponía un riesgo de salud para una persona identificable que tenía que ser protegida de la infección por la enfermedad contagiosa padecida por el apelante. El derecho a la confidencialidad que, en su caso, asistiría al apelante no resulta aplicable en la presente situación.¹⁸

La Corte acordó que disposiciones tales como el derecho a la libertad personal (Artículo 21 de la Constitución de la India) habían sido interpretadas previamente para establecer un derecho a la intimidad, y citó numerosas decisiones constitucionales de la India y los Estados Unidos favorables a esta cuestión. Sin embargo, la Corte retomó el asunto de la confidencialidad “en el contexto del matri-

¹⁸ Sr. X contra Hospital Z. (1998) 8 SCC 296 (Tribunal Supremo de la India), disponible en: www.lawyerscollective.org.

monio”. Remarcó el hecho de que todos los regímenes jurídicos por los que se regía el matrimonio en la India —la Ley hindú sobre el matrimonio, la Ley de disolución de matrimonios musulmanes, la Ley parsi sobre el matrimonio y el divorcio y la Ley especial sobre el matrimonio— permitían la disolución o el divorcio en el caso de que el cónyuge “padezca una enfermedad venérea”. La Corte alegó que:

Dado que la ley establece que una ‘enfermedad venérea’ puede ser motivo de divorcio para el esposo o la esposa, no puede considerarse que la persona que padezca una enfermedad de esta índole, incluso antes del matrimonio, tenga derecho alguno al matrimonio hasta que se haya repuesto por completo [...] Asimismo, dado que la persona no se ha repuesto de la enfermedad venérea contagiosa [...], el derecho al matrimonio no puede hacerse valer ante un tribunal de justicia y debe considerarse un derecho suspendido.¹⁹

La Corte también invocó el Código Penal de la India, secciones 269-270, que establece penas en el caso de “actos negligentes que puedan contribuir a propagar la infección de enfermedades que pongan en peligro la vida” y de “actos malignos que puedan contribuir a propagar la infección de enfermedades que pongan en peligro la vida”. La Corte aseveró que estas disposiciones establecidas por ley “imponen por tanto al apelante el deber de no contraer matrimonio puesto que propagaría su enfermedad como consecuencia del mismo, lo cual, además de ser constitutivo de delito, representa un peligro obvio para la vida de la mujer con la que contrajera matrimonio.” Finalmente, en referencia al asunto de la violación de la confidencialidad por parte del médico del hospital —el principal motivo del recurso presentado ante el tribunal—, la Corte Suprema razonó que, a la luz de lo estipulado en el Código Penal, si el médico hubiera guardado estricto silencio, hubiera sido partícipe del delito. Según el punto de vista de la Corte, la actitud del médico tenía como objetivo preservar el derecho a la vida de la prometida del Sr. X, que debía prevalecer sobre el derecho a la intimidad del Sr. X; por consiguiente, no podía hacerse responsable de haber violado la confidencialidad del paciente.

La Corte Suprema concluyó la sentencia de la siguiente manera:

El “SIDA” es producto del impulso sexual incontrolado [sic]. Este impulso, que constituye un fallo humano flagrante cuando no es controlado, puede afectar y sorprender a cualquiera independientemente de lo elevado [sic] que sea, a este respecto, el estrato social al que pertenezca. Los pacientes que padecen la terrible enfermedad del “SIDA” merecen toda la compasión. Tienen derecho a ser respetados como seres humanos. Su sociedad no puede ni debe darles la espalda, pues ello tendría un efecto psicológico negativo en ellos. Dichos pacientes tienen que tener una ocupación. No se les pueden negar los empleos ni los servicios gubernamentales [...] Sin embargo, “el sexo” o la posibilidad de mantener relaciones sexuales con ellos debe evitarse, ya que de lo contrario podrían infectar y contagiar su terrible enfermedad a otros. La Corte no puede tutelar a la persona que persiga tal objetivo.²⁰

Comentario

La aplicación de esta justificación para absolver al médico del hospital basándose en los hechos de este caso en particular fue lo más polémico. En primer lugar, cabe destacar que el médico del hospital no le notificó al Sr. X que los resultados de las pruebas del VIH habían sido positivos, a pesar de que él era la primera persona y, probablemente la única, a la que debía serle transmitida la información. Sin embargo, el médico del hospital se lo notificó al ministro del gobierno para el que trabajaba el pariente del Sr. X, al que éste último había querido donar su sangre (a pesar de que finalmente la sangre no se utilizó en la operación). La información llegó de forma indirecta a la prometida del Sr. X, la persona a la que la Corte consideraba que corría riesgo de contraer la infección y cuyo bienestar invocó con el fin de justificar la flagrante violación de la confidencialidad cometida por el médico. Era a todas luces ilógico eximir al médico y al hospital de la responsabilidad de violar la confidencialidad de los

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

resultados del Sr. X basándose en este argumento. Sólo habiendo dado previamente el paso de informar en primer lugar al Sr. X habría resultado admisible considerar si era necesario o justificable revelar el estado serológico respecto al VIH a su prometida. No figuraba en el fallo del Tribunal dato alguno que justificara la revelación de información clínica confidencial sobre el Sr. X al ministro del gobierno.

En segundo lugar, la Corte Suprema parece haber ignorado el lenguaje explícito del Código de Ética Médica adoptado por el Consejo Médico de la India. En dicho Código se afirma de manera expresa que los secretos de un paciente “únicamente” pueden revelarse en un tribunal por orden de un juez. En este caso no había orden judicial alguna que permitiera revelar la información. Sin embargo, la Corte se limitó a señalar que existía una excepción similar en la legislación inglesa y procedió afirmando que la legislación inglesa también permite la revelación de información “en circunstancias muy extremas, cuando así lo exija el interés público. Las circunstancias en las que el interés público prevalecerá sobre el deber de confidencialidad serán, por ejemplo, [aquéllas]

[...] en las que exista un riesgo inmediato o futuro (nunca uno pasado y remoto) para la salud de terceras personas.” Asimismo, la Corte destacó que las directrices del Consejo Médico General de Gran Bretaña sobre la revelación de información relativa al VIH permitían revelar datos “cuando existe un riesgo grave e identificable para una persona específica que, de no ser informada, podría quedar expuesta a la infección”. Basándose en este argumento, la Corte Suprema de la India concluyó que el Código de Ética Médica “también prevé una excepción al deber de confidencialidad y permite la revelación de información en las circunstancias enumeradas a continuación, bajo las cuales el interés público prevalecerá sobre el deber de mantener la confidencialidad, en particular si existe un riesgo inmediato o futuro para la salud de terceros.” Sin embargo, en realidad el Código de Ética Médica de la India no hace referencia a tal excepción y establece con claridad que la revelación de información “únicamente” se permite en caso de que una orden judicial así lo disponga. La Corte Suprema aparentemente decidió crear esta nueva excepción en el derecho consuetudinario de la India, pero es incorrecto afirmar que dicha excepción emana del Código de Ética Médica en vigor.

La Corte Suprema también interpretó que la ley negaba el derecho al matrimonio de las personas que viven con el VIH. Con dicha interpretación, la Corte traspasó la cuestión de la violación de la confidencialidad que constituía los hechos presentados ante el tribunal, sentando con ello un nuevo precedente discriminatorio en la legislación de la India. Por legítima que fuera la preocupación de la Corte respecto al riesgo de transmisión entre esposos, era innecesario adoptar una postura tal, en la que la negación total de un derecho fundamental, basándose en la positividad serológica respecto al VIH, no sólo entraba en conflicto con los principios básicos internacionales de los derechos humanos, sino también con la propia jurisprudencia de la India en materia de igualdad.

El caso puso de manifiesto el conflicto entre diferentes intereses relacionados con los derechos humanos. La Corte aportó escasos argumentos que justificaran una declaración de tamaña repercusión negando rotundamente el derecho al matrimonio de las personas que viven con el VIH, aun cuando el derecho al matrimonio está reconocido como un derecho humano fundamental. Sin embargo, una serie de organizaciones de mujeres de la India dedicadas a combatir las extendidas y arraigadas desigualdades entre los sexos que limitan la autonomía de las mujeres en las decisiones que afectan al matrimonio o a las relaciones sexuales con sus esposos, aplaudieron la decisión por considerar que la medida protegía a las mujeres del VIH y el SIDA.

Tras el fallo de la Corte Suprema, unos abogados emprendieron un proceso judicial [A, C y otros contra Unión de la India y otros] para recusar el dictamen del Tribunal, según el cual, las personas que viven con el VIH o el SIDA no tienen derecho a contraer matrimonio. Cuatro personas representadas por la Unidad del VIH/SIDA del Colectivo de Abogados (dos de ellas infectadas por el VIH) interpusieron una demanda ante el Tribunal Superior de la Judicatura de Bombay solicitando al tribunal que declarara:

- que las personas que viven con el VIH o el SIDA tienen derecho al matrimonio y que este derecho no puede ser negado o suspendido por causa del estado serológico respecto al VIH de las personas;
- que las personas con el VIH que contraigan matrimonio con el consentimiento informado de su pareja no estará cometiendo un delito de acuerdo con el Código Penal Indio; y
- que el deber primordial de los médicos es mantener la confidencialidad de la información relativa a sus pacientes, salvo en casos limitados y excepcionales en los que se requiera la revelación de determinada información, como por ejemplo cuando una tercera persona pueda estar expuesta a un peligro inminente.

Los demandantes arguyeron que el derecho al matrimonio es un derecho humano fundamental reconocido en diversos instrumentos internacionales (tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*), en la Constitución de la India y en varios fallos de la propia Corte Suprema, y sólo puede ser restringido por una ley estatutaria aprobada por el poder legislativo competente. Además, expusieron que no existía justificación alguna para que el Estado negara a las personas que viven con el VIH el derecho al matrimonio o las acusara de cometer un delito al contraer matrimonio si éstas informaban a sus futuros esposos o esposas de su estado serológico respecto al VIH antes de casarse. Asimismo, alegaron que la suspensión de derechos fundamentales de las personas con el VIH no haría sino fomentar la clandestinidad de dichas personas y el rechazo a las pruebas, lo que en último término contribuiría a la propagación del virus. Finalmente, señalaron que la transmisión del VIH puede prevenirse mediante la adopción de prácticas sexuales seguras, y que el riesgo de transmisión materno-infantil puede reducirse significativamente con las intervenciones pertinentes.

En respuesta, el Procurador General del Estado federal intentó corroborar la decisión original de la Corte Suprema. Además de repetir el razonamiento expuesto previamente por el Tribunal, el Procurador general del Estado también alegó que una prohibición total sobre el derecho de las personas con el VIH a contraer matrimonio estaba justificada con el fin de proteger los derechos humanos de las mujeres. El Tribunal resumió la posición del gobierno del siguiente modo:

De acuerdo con el docto Procurador General Adjunto del Estado de la India, la propuesta instada a nombre de los Demandantes de que una persona VIH-positiva tendría el derecho a contraer matrimonio con la única condición de haber revelado previamente su estado serológico respecto al VIH a su futuro esposo o esposa, sería demasiado amplia para poder ser aceptada. Según él, dicho consentimiento como acción complementaria puede tener pertinencia en una sociedad individualista con un alto nivel de alfabetización y educación. El Procurador sostiene que en nuestra Sociedad el Tribunal debe tener presente la posición social de las mujeres y los problemas específicos de inferioridad a los que éstas se enfrentan y, por tanto, debe mostrar respeto por el impacto de circunstancias sociales como la pobreza, el analfabetismo y las presiones socioeconómicas que afectan a las mujeres. A su parecer, el mero requerimiento de consentimiento no es suficiente para proteger contra la explotación a las mujeres, que constituyen un colectivo sumamente vulnerable a la transmisión de la infección por el VIH.²¹

Un argumento similar fue el esgrimido por el interventor en el proceso *Majlis Manch*, una organización no gubernamental que proporciona asesoramiento jurídico y apoyo a las mujeres con problemas. La organización interventora arguyó que la privación del derecho al matrimonio a las personas que viven con el VIH era una restricción razonable para proteger los derechos de las mujeres vulnerables a contraer la infección a través de sus parejas:

²¹ *A, C y otros c. Unión de la India y otros, Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay [Mumbai], Solicitud de orden judicial N.º. 1322 de 1999, en el párrafo 19, disponible en www.lawyerscollective.org.*

[R]esulta bastante optimista presuponer que una orden de este tribunal permitiendo el matrimonio de las personas VIH-positivas podría beneficiar a las mujeres, y que los varones aceptarían de buena gana contraer matrimonio con mujeres enfermas o afectadas. Por otra parte, es probable que la medida tuviera una repercusión negativa en un elevado número de mujeres que podrían verse forzadas a contraer matrimonio con varones infectados por el virus. [...]

El derecho a contraer matrimonio de las [personas] VIH-positivas, incluso cuando existe previo consentimiento, ha de contextualizarse dentro de esta realidad social, donde términos como ‘revelación’ o ‘consentimiento’ pierden su significado para un gran número de mujeres. En la India, rara vez se brinda a la novia la posibilidad de dar un consentimiento informado y válido. [...] [C]ualquier fallo de este Honorable Tribunal concediendo a las personas VIH-positivas el derecho al matrimonio únicamente podrá ser interpretado como una trampa mortal para la inmensa mayoría de las mujeres. [...]

La India es uno de los pocos países que todavía no ha reconocido jurídicamente la violación conyugal. Del tal modo que en el contexto de la India el consentimiento a casarse implica en efecto un consentimiento a las relaciones sexuales diarias y constantes. Si bien los padres pueden haber dado su consentimiento para que su hija contraiga matrimonio con un varón VIH-positivo, o haberlo hecho la propia joven, dentro del marco jurídico existente, dicho consentimiento se traduce automáticamente en la aceptación de constantes relaciones sexuales que ponen en peligro su vida. El consentimiento para contraer matrimonio no puede interpretarse como un consentimiento para lo que sería prácticamente un suicidio.²²

La interventora arguyó, por tanto, que el Tribunal debía declarar que todas las instancias que proporcionaban asesoramiento y atención sanitaria a personas con el VIH tenían la obligación jurídica de revelar al esposo o esposa el estado serológico respecto al VIH de sus pacientes y asesorar a la pareja respecto a las relaciones sexuales sin protección. También instó al Tribunal a que, en el caso de admitir que una persona VIH-positiva contrajera matrimonio con una persona VIH-negativa, únicamente debía permitírsele tras previa solicitud al Tribunal y después de que éste hubiera tenido la posibilidad de determinar el consentimiento del cónyuge VIH-negativo para contraer matrimonio.

Mientras el caso estaba en manos del Tribunal Superior de Bombay, el Sr. X emprendió nuevas acciones jurídicas ante el Tribunal Supremo en busca de la aclaración de estos puntos y recurrió el fallo del Tribunal. Como consecuencia, el Tribunal Superior de Bombay desestimó la petición de “A”, “C” y otros, alegando que era más apropiado que el caso fuera presentado directamente ante el Tribunal Supremo. Como resultado, la demanda fue presentada ante dicho Tribunal, donde se esgrimieron los mismos argumentos de base. En su decisión, el Tribunal Supremo reiteró la corrección del fallo original donde se justificaban las acciones del doctor al revelar el diagnóstico sobre el VIH del Sr. X “a personas allegadas a la joven con la que él tenía intención de contraer matrimonio”. Sin embargo, admitió que, dado que con eso quedaba resuelta la causa,

el Tribunal no tenía necesidad alguna de ir más allá ni de emitir dictámenes generales sobre los derechos y obligaciones que emanan de tales contextos, sobre el derecho a la intimidad o la confidencialidad, sobre si esas personas tienen derecho a estar casadas o no, sobre si, en el caso de que contraigan matrimonio, cometerían un delito según el código penal, o sobre si tal derecho queda suspendido durante el periodo de enfermedad. Por consiguiente, todas aquellas observaciones realizadas por este Tribunal en relación con el caso antes mencionado fueron innecesarias, en particular si se tiene en cuenta que el caso no fue estudiado después de que todas las partes implicadas hubieran sido informadas. Por todo ello, consideramos que las observaciones realizadas por este Tribunal, a excepción de aquéllas relacionadas con la declaración de que, como ya se afirmó previamente, el

²² Solicitud de la intervención de Majlis Manch, 6 de abril de 2000, archivada. Para más información sobre las cuestiones de género y el VIH/SIDA en la India, véase: M Dhaliwal. Creation of an enabling and gender-just legal environment as a prevention strategy for HIV/AIDS among women in India. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 1999; 4(2/3): 86-89, disponible en www.aidslaw.ca.

derecho [a la intimidad] del demandante no se vio afectado en modo alguno por la revelación de su estado serológico respecto al VIH a los parientes de su prometida, fueron injustificadas.²³

En definitiva, el Tribunal Supremo retiró las declaraciones realizadas en su anterior fallo respecto a la negación del derecho a contraer matrimonio de todas las personas que viven con el VIH. Sin embargo, el Tribunal no rechazó ni rectificó de forma explícita el fallo, lo cual habría sido preferible. Además, la sentencia inicial en la que se aplicó un enfoque excesivamente permisivo para justificar inobservancias de la cláusula de confidencialidad por parte de los médicos permaneció intacta.²⁴

²³ *Mr. X contra Hospital Z*, 2002 SCCL.COM 701 (Tribunal Supremo de la India, 2002), Párr. 6, disponible en www.lawyerscollective.org.

²⁴ El texto completo de los dos fallos del Tribunal Supremo en el caso de *Sr. X contra Hospital Z* y el fallo del caso de *A, C y otros contra la Unión de India y otros*, así como un comentario de la Unidad del VIH/SIDA del Colectivo de Abogados puede consultarse en www.lawyerscollective.org/lc-hiv-aids/index.htm (apartado de sentencias llamado "Judgements")

Venezuela: la Corte apoya la política militar de negarse a asignar funciones activas al personal que vive con el VIH, pero ordena al ministro de defensa que proteja la intimidad y la salud de tales personas

JRB y otros contra Ministerio de Defensa, Caso núm. 14000, Corte Suprema de Justicia de Venezuela (Sala Político-Administrativa) (1998)

Tribunal y fecha del fallo

El proceso comenzó en septiembre de 1997. La Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa) emitió el fallo el 20 de enero de 1998.

Partes implicadas

Los demandantes eran cuatro miembros de las fuerzas armadas venezolanas (de la Guardia Nacional, la policía militar, el ejército, y la academia militar, respectivamente), a los que se les diagnosticó el VIH. El demandado en el procedimiento era el Ministerio de Defensa.

Sentencia solicitada

Los demandantes solicitaron un recurso de amparo²⁵ alegando que el Ministerio de Defensa había violado varios de sus derechos humanos, atentando así contra la legislación internacional y la Constitución venezolana, al retirarlos de sus puestos y privarlos de las prestaciones sanitarias pertinentes. En particular, los demandantes alegaron violaciones de sus derechos a: la dignidad y la integridad personal; la intimidad; el trabajo; la salud; la no discriminación y la igualdad ante la ley. Por tanto, solicitaron una orden que obligara al Ministerio a respetar dichos derechos y a tomar medidas para hacerlos efectivos. También solicitaron la reincorporación a sus puestos de trabajo y la retirada de la directriz del Ministerio respecto a la suspensión obligatoria de las funciones del personal que vivía con el VIH.

Resultado

La Corte Suprema apoyó parcialmente la petición de los demandantes. La Corte admitió que el Ministerio había violado el derecho a su intimidad y salud. Sin embargo, estimó que los derechos al trabajo, la dignidad, la no discriminación y la igualdad ante la ley no habían sido vulnerados y mantuvo la política del Ministerio destinada a prevenir que el personal VIH-positivo continuara activo mediante la imposición de la “baja médica”.

²⁵ El recurso de amparo es una solución jurídica prevista en algunos sistemas jurídicos de América Latina que, en un sistema de derecho consuetudinario, podría describirse como un “requerimiento constitucional”, es decir, un requerimiento obtenido con carácter urgente para reparar una inobservancia de los derechos constitucionales o, en el caso de que fuera inminente, prevenirla. Es similar a un procedimiento de habeas corpus, pero su aplicación no queda limitada únicamente a cuestionar la legalidad de la detención o el ingreso en prisión de una persona. El procedimiento equivalente en otras jurisdicciones de América Latina se denomina acción de tutela.

Circunstancias y hechos materiales

Como condición para ingresar en las fuerzas armadas, se había exigido a todos los demandantes que se sometieran a las pruebas del VIH. Todos los demandantes habían obtenido un resultado negativo en aquel momento y habían comenzado su trabajo en las fuerzas armadas. Sin embargo, tres de los demandantes fueron sometidos de nuevo a las pruebas del VIH cuando acudieron en busca de tratamiento médico; el cuarto fue sometido a la segunda prueba tras solicitar el traslado a una unidad diferente del ejército.

Tras dar positivo en las pruebas del VIH, los demandantes fueron destituidos de sus puestos, sus funciones quedaron suspendidas y les fue impuesta la baja médica, a pesar de que todos ellos eran asintomáticos. Dichas medidas se tomaron de acuerdo con una directriz emitida por el Ministerio de Defensa en la que se estipulaba que la infección por el VIH o el SIDA eran “incompatibles” con las funciones que desempeña el personal militar y que toda persona alistada en el ejército que estuviera infectada por el VIH sería retirada de su puesto de forma inmediata. La directriz establecía también que, en el caso de cualquier miembro de una unidad fuera identificado como VIH-positivo, debía emprenderse una investigación para localizar otros posibles casos. (No se especifica directamente en la sentencia, pero cabe suponer que dicha investigación implicaría la imposición de pruebas del VIH obligatorias.)

Además, los diagnósticos sobre el estado VIH-positivo de los demandantes habían sido revelados a sus oficiales superiores y posteriormente a otros miembros del personal de sus lugares de trabajo (incluyendo, en al menos uno de los casos, la publicación del estado serológico de la persona en un tablón de anuncios del regimiento). Como consecuencia, los demandantes sufrieron acoso y otras formas de discriminación por parte del personal que incluyeron conductas de acoso basadas en la percepción o acusación de que habían llevado a cabo actividades sexuales con otros varones.

Si bien aparentemente los demandantes disfrutaron de las prestaciones sanitarias durante la “baja médica”, incluida la atención sanitaria del hospital militar, en realidad sólo se les proporcionaron suplementos de vitamina E pero ningún medicamento (como fármacos antirretrovíricos o tratamiento para prevenir infecciones oportunistas). Asimismo, se les advirtió de que su acceso al hospital terminaría una vez quedaran rescindidos sus contratos laborales.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Los demandantes basaron sus demandas en disposiciones de instrumentos tales como:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos
- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Constitución de la República de Venezuela.

La Corte revisó cada una de las peticiones de reconocimiento de los derechos humanos de los demandantes en referencia a las pruebas que las partes habían presentado.

En cuanto al *derecho a la intimidad*, la Corte estimó que este derecho incluía la intimidad respecto a la vida íntima y el estado de salud del individuo. En este caso, declaró que la revelación del estado serológico positivo respecto al VIH de los demandantes por parte de los altos mandos había sido el desencadenante del acoso de otros miembros del personal de las fuerzas armadas, dañando así su dignidad, su honor y su reputación. La Corte se refirió a la “realidad de la sociedad venezolana”

en relación con el hecho de que no se debate abiertamente sobre el VIH o el SIDA y las personas que viven con el VIH suelen estar aisladas, pues el VIH se percibe como un castigo merecido por una conducta inmoral. La Corte rechazó de forma explícita esta visión del VIH, pero dada la desgraciada realidad social de falta de respeto por los derechos humanos de las personas con el VIH, estimó que el Ministerio era culpable por no haber dado instrucciones a los oficiales de prohibir la revelación del estado de salud de los demandantes. En su defensa, el Ministerio señaló la aplicación de una política que estipula que toda la información relativa a los casos de SIDA se clasifica como confidencial y que debería ser tratada de acuerdo con la norma general sobre material clasificado. Sin embargo, la Corte lo consideró insuficiente; el Ministerio no había proporcionado información detallada suficiente respecto a las medidas de confidencialidad aplicables a los soldados con el VIH. Esta omisión había provocado la violación del derecho a la intimidad de los demandantes.

En cuanto al *derecho a la salud*, la Corte consideró que este derecho implicaba la correspondiente obligación del Estado de asistir a las personas con el VIH en los aspectos físico, psicológico, económico y social para lograr el más alto nivel posible de salud, lo cual incluía también el reconocimiento de la dignidad de la persona que padecía la enfermedad. La Corte declaró que el derecho a la salud de los demandantes, tal como queda recogido en la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, había sido violado por el Ministerio, al no proporcionar a los demandantes la debida atención médica tras conocer su estado serológico positivo respecto al VIH.

En cuanto al *derecho al trabajo*, la Corte hizo hincapié en que se trata de un derecho fundamentalmente vinculado con la dignidad y el desarrollo personales. Sin embargo, citando el material presentado por el Ministerio, la Corte adoptó la postura de que la infección por el VIH “es incompatible con las funciones de la actividad militar”. La Corte se acogió en particular al material con generalizaciones amplias sobre el impacto del VIH en las fuerzas armadas con afirmaciones tales como “todo el personal militar infectado por el VIH pone en peligro su propia salud y la de los demás”. Como consecuencia, la Corte concluyó que el Ministerio no había vulnerado el derecho al trabajo de los demandantes al retirarlos de sus funciones diarias habituales y ordenar su baja médica. La Corte estimó que esta medida protege la salud de los demandantes y de los demás (del “riesgo de contaminación”), y asimismo salvaguarda “la seguridad del Estado”. Por consiguiente, la Corte desestimó la petición de los demandantes en este aspecto.

En cuanto a los derechos *a la dignidad, la no discriminación y la igualdad ante la ley*, la Corte los analizó en conjunto, pero también rechazó los argumentos de los demandantes. Éstos arguyeron que el acoso sufrido vulneró su derecho a la dignidad y a la no discriminación; también alegaron que fueron discriminados respecto a otras personas que viven con el VIH (debido a que no les fue proporcionado el tratamiento médico adecuado). La Corte explicó de forma explícita que, cuando se habla de vulneración de los derechos humanos, no es necesario demostrar la intención de vulnerar los derechos; basta con que el incumplimiento sea el efecto de una conducta.

Sin embargo, aseveró la Corte, imputar la vulneración de los derechos a la dignidad y a la no discriminación de los demandantes al Ministerio basándose en la conducta del personal de las fuerzas armadas “sería ir muy lejos”, y supondría culpar al Ministerio de unas actitudes respecto al VIH/SIDA extendidas en la sociedad, que están fuera de su control. La Corte adoptó la postura de que, para que exista responsabilidad, debería existir un vínculo directo entre la persona cuyo derecho a la dignidad ha sido vulnerado y la persona supuestamente responsable del daño infringido.

En cuanto al derecho *a la igualdad ante la ley*, la Corte simplemente volvió a referirse a la argumentación esgrimida con respecto al derecho al trabajo, y concluyó que por las mismas razones expuestas en el caso anterior —protección del demandante, del resto del personal de las fuerzas armadas y de la seguridad nacional—, el Ministerio no había violado los derechos de los demandantes. La Corte

no entró a razonar qué significaba respetar o vulnerar el derecho a la igualdad. También rechazó, sin apoyarse en ningún tipo de análisis, el argumento del demandante sobre la discriminación respecto a otras personas que vivían con el VIH. La sentencia sugería que se habían aportado escasas pruebas para demostrar ese punto.

En definitiva, la Corte apoyó parcialmente el recurso de amparo de los demandantes. Ordenó al Ministerio de Defensa que:

- elaborara con carácter inmediato unas directrices para proteger la confidencialidad del personal que vivía con el VIH/SIDA, incluidos los demandantes;
- garantizara inmediatamente el tratamiento médico adecuado a los demandantes a través del sistema militar de prestaciones;
- presentara, en el plazo de un mes, un plan para educar a todo el personal de las fuerzas armadas sobre el VIH en el que debía preverse la necesidad del trato ético y solidario de las personas que viven con el VIH; y
- solicitara fondos al Congreso nacional para poner en marcha medidas de prevención del VIH en las fuerzas armadas y asegurar tratamiento al personal que lo necesitara.

Comentario

Desde la perspectiva de los derechos humanos, éste fue un fallo mixto. Hubo algunos elementos positivos en la sentencia. La Corte declaró al Estado culpable por no haber protegido la confidencialidad de información personal relacionada con la salud de sus empleados, le ordenó que asegurara tratamiento médico adecuado al personal con el VIH y con SIDA, y ordenó la aplicación de medidas proactivas destinadas a combatir las actitudes discriminatorias y a mejorar la prevención, la atención, el tratamiento del VIH y el apoyo a las personas infectadas, dentro de las fuerzas armadas. Describió y rechazó con firmeza el estigma asociado al VIH, e instó al Estado y a la sociedad venezolana a actuar con espíritu de solidaridad. Por el contrario, la Corte no apoyó la petición del demandante de ver reconocido su derecho a servir en las fuerzas armadas. El Ministerio de Defensa presentó ante la Corte varias publicaciones en las que se expresaba la preocupación acerca de las complicaciones que supone para las fuerzas armadas el registro de una tasa elevada del VIH entre su personal. En dichas publicaciones se realizaban afirmaciones generales tales como la preocupación por la tasa de prevalencia del VIH entre los militares y los oficiales de policía, dado que estos grupos constituyen con frecuencia una fuente importante de donaciones de sangre. A partir de estas generalizaciones, la Corte extrajo la conclusión global de que la infección por el VIH es incompatible con la profesión militar. De forma similar, la Corte no analizó con detenimiento si en ese caso concreto los demandantes habían sido víctimas de discriminación al ser destituidos de sus puestos a pesar de no existir pruebas que demostraran su incapacidad para desempeñar las funciones que tenían encomendadas. En este sentido, la decisión presenta deficiencias respecto a la protección de los derechos humanos individuales de las personas que viven con el VIH.

Este fallo contradice los avances más recientes, y alentadores, realizados en otras jurisdicciones de América Latina. Como ejemplo, véase el caso colombiano de *XX contra Ministerio de la Defensa Nacional* (Corte Constitucional, 2003) resumido en el presente documento. En otro caso más reciente aún y que sentó precedente, un tribunal mexicano declaró en 2004 que una ley que estipulaba el VIH/SIDA como motivo de despido del ejército era discriminatoria e inconstitucional. El fallo fue emitido en el caso de un sargento que vivía con el VIH y que alegó haber sido despedido de forma discriminatoria cuando acudió en busca de atención médica para sí y para su familia. El proceso judicial duró cinco años. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, el tribunal a cargo del caso, citó la Constitución mexicana, otras leyes federales y seis tratados internacionales para exponer en su fallo que la ley de las fuerzas armadas que permitía el despido basado en el estado serológico respecto

al VIH no podía continuar vigente porque esos otros instrumentos garantizaban el acceso a la salud y el derecho a la no discriminación. En aquel momento, se anunció que éste era el primer fallo de este tipo en México y que sentaba un precedente que podría servir de estímulo para que los casos similares de otros militares que hubieran sido víctimas de discriminación salieran a la luz.²⁶

²⁶ En el momento de la publicación de este volumen no se pudo disponer de la sentencia original del tribunal. No obstante, la información sobre el caso fue publicada en varios medios de comunicación. Los siguientes artículos son algunos ejemplos: Justicia mexicana condena despido a militares con VIH, *Mural.com*, 30 de mayo, 2004; D Cevallos. Mexico: Court rules military cannot discharge HIV-positive soldier. *Inter Press Service*, 1 de junio, 2004; D. Devellos. México: Jueces amparan a militares con VIH. *Inter Press Service*, 1 de junio, 2004; Ordena Tribunal restituir derechos a militares con VIH/sida, Letra S, 3 junio, 2004; A Medina. Triunfo legal para militares con sida: El caso de un suboficial dado de baja abre el precedente para la revisión de otros casos. *La Jornada*, 7 de junio, 2004.

Namibia: la exclusión de un hombre VIH-positivo de las fuerzas armadas es discriminatoria

Haindongo Nghidipohamba Nanditume contra Ministerio de Defensa, caso núm. LC 24/98, Tribunal Laboral de Namibia (2000)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Laboral de Namibia emitió el fallo el 10 de mayo de 2000.

Partes implicadas

El demandante era un varón que vivía con el VIH. El acusado era el Ministro de Defensa.

Sentencia solicitada

N solicitó al Tribunal una orden que obligara a las Fuerzas Armadas de Namibia a desistir de su actitud discriminatoria contra él por razón de su estado serológico positivo respecto al VIH y a hacer efectiva su solicitud de ingreso en el ejército con independencia de su estado serológico.

Resultado

El Tribunal declaró a las Fuerzas Armadas de Namibia culpable de discriminación injusta. Sin embargo, también ordenó ampliar las pruebas relacionadas con el VIH como parte del examen médico realizado a los reclutas y permitió la exclusión de las Fuerzas Armadas de Namibia de aquellos candidatos que no alcanzaran unos umbrales determinados en las pruebas de recuento de linfocitos CD4 y de carga vírica. En el caso concreto de N, el Tribunal ordenó que fuera sometido a estas pruebas adicionales y que fuera admitido en las Fuerzas Armadas de Namibia si alcanzaba los umbrales exigidos.

Circunstancias y hechos materiales

Según la Ley de defensa, los reclutas de las Fuerzas Armadas de Namibia debían ser sometidos a un reconocimiento médico. El aspirante N era un antiguo miembro del movimiento de liberación nacional de la Organización Popular de África Sudoccidental y había recibido formación militar en el exilio. En septiembre de 1996, el demandante quiso alistarse. Como parte del proceso, fue sometido a las pruebas del VIH. Dos semanas más tarde, fue informado por el oficial médico de las Fuerzas Armadas de Namibia de que los resultados de las pruebas eran positivos y, por tanto, no sería admitido en el ejército. Según un informe médico global, realizado un mes después, el estado de salud de N era bueno, y el médico que llevó a cabo el reconocimiento informó expresamente de que N no presentaba ninguna afección médica que pudiera interferir con el correcto desempeño de sus funciones como oficial del servicio del gobierno. Su estado serológico positivo respecto al VIH fue el único motivo para excluirle del proceso de reclutamiento de las Fuerzas Armadas de Namibia.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El aspirante arguyó que las Fuerzas Armadas de Namibia habían incumplido la Ley del trabajo de 1992 (sección 107), donde quedaba prohibida la discriminación en el trabajo “de una manera

injusta”, así como la discriminación por motivos de discapacidad. Las Fuerzas Armadas de Namibia admitieron que habían rechazado a N por el único motivo de que era VIH-positivo, pero negaron que ello constituyera un acto de discriminación injusta. Admitieron tener la certeza de que en las Fuerzas Armadas de Namibia había personal VIH-positivo porque las pruebas del VIH no formaban parte del proceso de selección cuando se crearon tales fuerzas y también porque algunos de los miembros del personal podían haber contraído el VIH después de haberse alistado. De hecho, las pruebas presentadas por las Fuerzas Armadas de Namibia relativas al seguimiento de una “política de no discriminación dentro de lo posible” cuando a un miembro de dichas fuerzas se le diagnosticaba el VIH, indicaban que éstas contaban con un elevado número de miembros con el VIH/SIDA. Las pruebas demostraban asimismo que el personal no era sometido a las pruebas del VIH después de ser admitido.

Además de lo estipulado en la Ley del trabajo, el Tribunal también consideró las “Directrices para la aplicación de un código nacional sobre el VIH/SIDA en el trabajo”, presentadas por el Gobierno en 1998. Aunque no tenían carácter de ley, el Tribunal las consideró instructivas. En particular, el Tribunal citó la instrucción de que no debían realizarse pruebas del VIH previas a la contratación, y que los empleados debían ser sometidos a “los reconocimientos médicos normales de aptitud física para el trabajo y dichos reconocimientos no deberán incluir las pruebas del VIH”. Además, las Directrices estipulaban que los empleados con el VIH “deberán trabajar en condiciones normales mientras sean físicamente aptos para hacerlo y, en caso de que no lo sean, se les deberá asignar un puesto alternativo sin perjuicio de sus prestaciones laborales”.

El Tribunal estimó que una prueba del VIH aislada no determinaba la aptitud física de un recluta para servir en las fuerzas, alegando que: “Si el ejército no lleva a cabo ni tiene la intención de llevar a cabo [pruebas de recuento de linfocitos CD4 y de carga vírica], entonces deberá abandonar también la prueba del VIH. No logrará el objetivo que se persigue con los reconocimientos médicos.” El Tribunal decidió que el estado serológico respecto al VIH no constituía un criterio razonable para impedir a una persona alistarse en las fuerzas armadas, y que una prueba aislada del VIH no indicaba si la persona era físicamente apta para el trabajo. De acuerdo con este argumento, el Tribunal estimó que la exclusión del aspirante de las Fuerzas Armadas de Namibia basada únicamente en su estado serológico respecto al VIH constituía un acto de “discriminación injusta”, y por tanto era contrario a la Ley del trabajo.

Sin embargo, el Tribunal no prohibió las pruebas del VIH en el proceso previo de selección de las Fuerzas Armadas de Namibia, sino que ordenó que los reclutas fueran sometidos a análisis médicos que incluyeran, además de la prueba del VIH, una prueba de recuento de linfocitos CD4 y una prueba de la carga vírica. Basó su dictamen en pruebas presentadas por los expertos médicos que argumentaba que: una persona VIH-positiva puede presentar la misma aptitud y salud física que cualquier otra persona normal en circunstancias similares, pero cuando el recuento de linfocitos CD4 disminuye y la carga vírica aumenta, el estado de salud de tal persona sufre un progresivo deterioro [...] Una combinación de estos dos indicadores puede servir como pronóstico del periodo de tiempo que transcurrirá antes de que la persona entre en la fase de la enfermedad del SIDA propiamente dicha. Los dos expertos médicos coincidieron en que una persona con un recuento de linfocitos CD4 inferior a 200 y una carga vírica superior a 100.000 probablemente sería incapaz de desempeñar los agotadores y exigentes trabajos que es preciso realizar en las unidades de combate del ejército.

Por consiguiente, el Tribunal decidió ordenar que ninguna persona podría ser excluida de las Fuerzas Armadas de Namibia únicamente por motivo de su estado serológico respecto al VIH si era físicamente apta y tenía un buen estado de salud, a menos que su recuento de linfocitos CD4 fuera inferior a 200 y su carga vírica excediera de 100.000.

El acusado anunció en un principio que recurría la sentencia, pero posteriormente retiró la solicitud de apelación e indicó que acataría la decisión tomada por el Tribunal Laboral.

Comentario

El fallo sentó un precedente importante al rechazar la política de las Fuerzas Armadas de Namibia de excluir a los reclutas basándose únicamente en su estado serológico respecto al VIH al estimar que este hecho no estaba vinculado racionalmente al objetivo de evaluar la aptitud física para la formación y el servicio en tales fuerzas. Sin embargo, en su intento por alcanzar este objetivo de un modo más directo, el Tribunal acabó ordenando la realización de pruebas adicionales previas a la contratación laboral para aquellos que son VIH-positivos, afirmando que los niveles de linfocitos CD4 y de la carga vírica constituirían indicadores más apropiados de la aptitud física de los candidatos.

Cabe preguntarse si la extensión del alcance y del intrusismo de las pruebas médicas previas a la contratación laboral era la mejor solución. Las Fuerzas Armadas de Namibia reconocieron aplicar una política de traslados del personal VIH-positivo ya empleado, cuando era necesario en virtud de su estado de salud, a divisiones o puestos dentro de las fuerzas que no exigían grandes esfuerzos físicos o mentales. No obstante, también explicaron que la asignación de un recluta a una división o actividad particular siempre tenía lugar *después* de que el recluta hubiera completado la formación básica, que era bastante extenuante. El Tribunal al parecer aceptó este procedimiento y expresó la opinión de que las pruebas de recuento de linfocitos CD4 y de la carga vírica, como indicadores de la progresión de la enfermedad del VIH, proporcionarían la información adecuada a las Fuerzas Armadas de Namibia para determinar si un recluta era apto para completar la formación básica.

Como se desprende de la sentencia, el Tribunal no se planteó si mantener ese periodo de formación como requisito para acceder a cualquier puesto de las Fuerzas Armadas de Namibia era en sí mismo discriminatorio por suponer una barrera para las personas con el VIH (u otras discapacidades) a la hora de acceder a un empleo adecuado. Por ejemplo, podría darse el caso de que una persona VIH-positiva pudiera desempeñar las funciones de varios puestos dentro de las Fuerzas Armadas de Namibia a pesar de que su recuento de linfocitos CD4 fuera inferior a 200 y/o su carga vírica superior a 100.000. Lo que se precisa en estos casos es una evaluación personal que determine la aptitud de la persona en relación con el puesto concreto para ocupar. Dentro del personal VIH-positivo ya empleado al que se estaban asignando otras funciones de acuerdo con su condición, seguramente había personas en estas circunstancias. De hecho, cuando las personas que viven con el VIH disponen de tratamiento antirretrovírico (u otros tratamientos), su estado de salud puede mejorar de forma muy significativa, lo que podría suponer que un gran número de empleados VIH-positivos pudieran continuar desempeñando las funciones esenciales de su trabajo. Esto pone de manifiesto el argumento de que la exclusión generalizada de todas las personas que viven con el VIH no puede avalarse ni justificarse y sólo cabe interpretarla como un acto de discriminación contrario a la ley.

Al final, el Tribunal permitió que las Fuerzas Armadas de Namibia mantuvieran su procedimiento de exigir una extenuante formación básica a todos los aspirantes a reclutas, a pesar de que este requisito puede no tener ningún vínculo racional con la aptitud para ciertos tipos de trabajo dentro de dichas fuerzas y, basándose en este argumento, ordenó la ampliación de las pruebas relacionadas con el VIH. Podría decirse que así se sustituyó una forma de discriminación injustificada (es decir, la exclusión generalizada por el estado serológico respecto al VIH) por otro tipo de barrera discriminatoria, aunque una barrera más sutil y probablemente más difícil de recusar.

Se confiaba en que el fallo de este caso tuviera una repercusión positiva en los ejércitos de la región de África meridional, donde la tasa de prevalencia del VIH entre el personal militar es significativamente preocupante y la discriminación asociada al VIH está muy extendida, también en lo referente a políticas discriminatorias como las denunciadas aquí. En febrero de 2001, el Ministerio de Defensa de Namibia organizó un seminario regional para identificar y definir las políticas relacionadas con el VIH/SIDA. Otros siete ministros de defensa de países de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo fueron invitados a intervenir. Los participantes en el seminario acordaron que la

exclusión de reclutas de las fuerzas armadas únicamente por motivo del estado serológico respecto al VIH era irracional, y adoptaron una serie de recomendaciones para atender las necesidades específicas de los ejércitos sin discriminar injustamente a las personas que viven con el VIH.

Sin embargo, unas semanas después el gobierno de Namibia presentó el proyecto de ley de Enmienda a la Ley de Defensa de 2001, contraria a dichas recomendaciones. Según el proyecto de ley, las Fuerzas Armadas de Namibia “no debían seleccionar a ninguna persona que padeciera una enfermedad o dolencia que pudiera llegar a deteriorar su estado de salud hasta el punto de incapacitarla para someterse a cualquiera de las formaciones exigidas o para desempeñar sus funciones como miembro de dichas fuerzas.” El proyecto de ley fue aprobado por la Asamblea Nacional en marzo de 2001 y por el Consejo Nacional en mayo del mismo año. Como consecuencia, la Reforma de la ley de defensa actualmente exige a las Fuerzas Armadas de Namibia que excluya a los aspirantes únicamente por su estado serológico respecto al VIH, minando así el avance logrado en materia de derechos humanos con este caso.²⁷

En algunos otros países de la región se han mantenido o adoptado enfoques similares. En diciembre de 2004, por ejemplo, el Gobierno de Swazilandia anunció una nueva política de pruebas del VIH para todo el personal de las fuerzas armadas; todos aquellos que dieran positivo en las pruebas del VIH (incluidos aquellos en puestos tales como pilotos, ingenieros aeronáuticos y controladores de tráfico aéreo) serían relevados de sus funciones, y los nuevos reclutas sólo serían admitidos si daban negativo en las pruebas del VIH.²⁸

Tales políticas incumplen la prohibición del derecho internacional relativo a la discriminación basada en el estado serológico respecto al VIH. El *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (artículo 26) estipula que la ley debe garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por unos motivos que especifica de forma explícita o por “cualquier otra condición”. La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos ha reafirmado en repetidas ocasiones que esta disposición prohíbe la discriminación basada en el estado relativo al VIH/SIDA.²⁹ Las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* recomiendan a los estados promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación para proteger a las personas que viven con el VIH/SIDA, incluida la discriminación en el trabajo, y hacerlo en áreas tan amplias como sea posible. Las directrices recomiendan de forma específica que las leyes garanticen “la exención de la prueba del VIH a efectos de empleo, ascenso, formación u obtención de prestaciones.”³⁰

²⁷ Este comentario está parcialmente basado en M. Figueira. Namibian Parliament Overrides SADC Panel, Labour Court on Military Testing. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review* 2002; 7(1): 42-43.

²⁸ Swaziland: Army unveils HIV/AIDS policy. *IRIN PlusNews*, 24 de diciembre, 2004.

²⁹ Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, “The Protection of Human Rights in the Context of Human Immune Deficiency Virus (HIV) and Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS),” Resolución 1995/44. Véanse también las siguientes resoluciones: 1996/43, 1999/49, 2001/51, 2003/37, y 2005/84.

³⁰ *El VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, 1998: Quinta directriz.

Sudáfrica: el Tribunal prohíbe a una línea aérea discriminar a las personas VIH-positivas

Hoffmann contra South African Airways, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/00 (2000); 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC)

Tribunal y fecha del fallo

La sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica fue emitida el 28 de septiembre de 2000. El caso era un recurso de una decisión tomada por el Tribunal Superior en 2000.

Partes implicadas

El apelante era un varón que vivía con el VIH. El acusado era la línea aérea South African Airways, propiedad de una empresa corporativa de la República de Sudáfrica. South African Airways aplicaba una política según la cual se negaba a contratar a personas VIH-positivas como auxiliares de vuelo. La organización no gubernamental AIDS Law Project, que apoya y protege los derechos humanos de las personas que viven con el VIH, solicitó un permiso que le fue concedido para ser admitida como *amicus curiae* y apoyar así la apelación.

Sentencia solicitada

El apelante pidió al tribunal una sentencia que obligara a South African Airways a contratarlo como auxiliar de vuelo.

Resultado

El Tribunal Constitucional ordenó a South African Airways que ofreciera un empleo a Hoffmann como auxiliar de vuelo. Asimismo, ordenó a South African Airways que debía asumir el pago de las costas correspondientes a Hoffmann, tanto del proceso del Tribunal Superior como del Tribunal Constitucional.

Circunstancias y hechos materiales

En septiembre de 1996, Hoffmann solicitó un puesto de auxiliar de vuelo en la compañía South African Airways. Al término del proceso de selección, fue elegido como candidato apto para el empleo y se sometió a un reconocimiento médico previo a la contratación que incluía una prueba de anticuerpos contra el VIH. Según los análisis médicos, Hoffmann era físicamente apto para el puesto, pero la prueba de anticuerpos contra el VIH resultó positiva. Como resultado, el informe médico fue modificado y en él se dictaminó que Hoffmann no era apto para el puesto porque era VIH-positivo.

La política de South African Airways prohibía la contratación de personas VIH-positivas como auxiliares de vuelo. Esta prohibición estaba supuestamente basada en el hecho de que los auxiliares de vuelo tenían que ser físicamente aptos para desempeñar sus funciones en cualquier lugar del mundo, lo que exigía que fueran vacunados contra la fiebre amarilla, pues así lo estipulaban las directrices del Departamento Nacional de Salud. South African Airways aseveró que las personas VIH-positivas pueden tener reacciones negativas a esta vacuna. Además, South African Airways afirmó que las personas VIH-positivas presentan una propensión a contraer infecciones oportunistas y que, por

consiguiente, no estarían capacitadas para cumplir las medidas de emergencia y seguridad exigidas. Por último, South African Airways alegó que la esperanza de vida de las personas VIH-positivas era demasiado baja para justificar los gastos que supondría para la compañía formarlas. La política de South African Airways no excluía a las personas VIH-positivas de todos los puestos en la compañía, sólo de los puestos de auxiliar de vuelo.

El experto médico de South African Airways presentó pruebas de que sólo aquellas personas cuyo recuento de linfocitos CD4 fuera inferior a 300 células/microlitro podían suponer un riesgo médico, laboral o de seguridad. Según el experto médico de South African Airways, en el momento en que Hoffmann fue sometido al reconocimiento, nada indicaba que el paciente hubiera alcanzado todavía la fase asintomática ni de inmunosupresión de la infección por el VIH o que hubiera desarrollado el SIDA.

La organización AIDS Law Project, en su papel de amiga del tribunal, aportó pruebas médicas que fueron estudiadas por el Tribunal Constitucional. Esas pruebas médicas, con las que el experto de South African Airways estaba de acuerdo, demostraban que una persona VIH-positiva asintomática puede desempeñar las funciones de un auxiliar de vuelo. Asimismo probaban que ni siquiera las personas con inmunosupresión presentan propensión a contraer infecciones oportunistas y que pueden vacunarse contra la fiebre amarilla siempre y cuando su recuento de linfocitos CD4 se halle por encima de cierto nivel.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Hoffmann puso en duda ante el Tribunal Superior la constitucionalidad de la negativa a contratarle. El demandante alegó que la negativa constituía un acto de discriminación injusta y que vulneraba sus derechos constitucionales a la igualdad, la dignidad humana y las prácticas laborales justas. En respuesta a estos argumentos, South African Airways alegó que la decisión de no contratar a Hoffmann estaba basada en la política de la empresa, y que dicha política se sustentaba en razones médicas, operativas y de seguridad. South African Airways también arguyó que en el caso de que se obligara a la compañía a contratar a personas con el VIH, la imagen pública de la misma se vería gravemente perjudicada y se colocaría a la empresa en una considerable desventaja respecto a las empresas de la competencia (compañías privadas a las que no afectaba la Constitución) que tenían una política similar de no contratar a personas VIH-positivas como auxiliares de vuelo. El Tribunal Superior aceptó los argumentos de South African Airways y dictaminó que su política no discriminaba injustamente a las personas que vivían con el VIH.

En la apelación ante el Tribunal Constitucional y ante las irrefutables pruebas médicas presentadas, South African Airways admitió que la práctica de negarse a contratar a personas seropositivas como auxiliares de vuelo no tenía justificación médica y era, por tanto, injusta. En cambio, South African Airways arguyó que su “verdadera” política era negarse a contratar a personas VIH-positivas como auxiliares de vuelo cuando la empresa consideraba que la fase de desarrollo en que se encontraba la infección por el VIH hacía que la persona no fuera apta para el puesto.

El Tribunal Constitucional se negó a considerar la legalidad de la “verdadera” política de South African Airways por dos razones. En primer lugar, esta política era diferente a la prohibición general de contratar a personas VIH-positivas como auxiliares de vuelo considerada por el Tribunal Superior. En segundo lugar, el Tribunal Laboral, como tribunal especialista con poder jurídico para abordar los temas laborales y profesionales, era el foro apropiado para examinar el asunto de las pruebas médicas como método para determinar la aptitud para un puesto de trabajo.

El Tribunal Constitucional procedió a estudiar las alegaciones de carácter constitucional de Hoffmann. La Constitución era de obligado cumplimiento para South African Airways, ya que la empresa era propiedad de una entidad estatutaria controlada por el Estado. El Tribunal basó su

sentencia únicamente en el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución sudafricana (sección 9). Cuando la decisión se acoge a la cláusula de los derechos a la igualdad de la Constitución, un tribunal debe centrarse en dilucidar tres aspectos básicos:

- En primer lugar, ¿la ley recusada prevé una diferenciación que guarde alguna relación racional con un propósito legítimo del gobierno? Cuando no exista tal relación relacional, se habrá vulnerado la sección 9.
- En segundo lugar, en caso de existir una relación racional, ¿constituye la diferenciación un acto de discriminación injusta?
- Y en tercer lugar, si la diferenciación implica un acto de discriminación injusta (y si se halla en una ley de aplicación general), ¿puede justificarse la diferenciación de acuerdo con la disposición de la Constitución que permite limitaciones de los derechos constitucionales? (sección 36)

En cuanto a la primera pregunta, Hoffmann alegó que la política de contratación de South African Airways era incoherente porque excluía a todos los candidatos VIH-positivos a pesar de que las pruebas médicas objetivas demostraban que no todas las personas seropositivas pueden considerarse no aptas para trabajar como auxiliares de vuelo. El Tribunal coincidió con Hoffmann en que la política de contratación de South African Airways era incoherente: el hecho de que algunas personas VIH-positivas puedan, en determinadas circunstancias, no ser aptas para trabajar como auxiliares de vuelo no justifica la exclusión para esos puestos de todas las personas que viven con el VIH.

En cuanto a la segunda pregunta, el Tribunal estimó que la política de South African Airways discriminaba injustamente a Hoffmann por su condición de VIH-positivo. Arguyó que las personas que viven con el VIH constituyen uno de los grupos más vulnerables de la sociedad sudafricana, y que se enfrentan al prejuicio y a los estereotipos a pesar de la constatación médica sobre cómo se transmite el VIH. Por consiguiente, toda discriminación de las personas VIH-positivas constituía un “nuevo caso de estigmatización” y un “atentado contra su dignidad”. El Tribunal agregó que las personas VIH-positivas gozan de especial protección contra la discriminación en la Ley de igualdad laboral dado el efecto que tiene la discriminación laboral sobre su capacidad para ganarse la vida.

El Tribunal también examinó los intereses comerciales de South African Airways, dado que otras líneas aéreas aplicaban políticas similares de exclusión de las personas VIH-positivas para los puestos de auxiliar de vuelo, si bien éstas no estaban sujetas a la Constitución. El Tribunal declaró que el interés comercial de South African Airways era ilegítimo, pues alegó que dicho interés estaba basado en el miedo, la ignorancia y los estereotipos acerca de los supuestos peligros creados por las personas VIH-positivas, sin tener en cuenta las circunstancias individuales de las mismas. Declaró que “el derecho constitucional del apelante a no ser injustamente discriminado no podía estar determinado por la percepción equivocada del público acerca de las personas con el VIH”, ni por las políticas de otras líneas aéreas que no estaban sujetas a la Constitución.

Dado que la política de South African Airways no era una “ley de aplicación general”, el Tribunal no indagó en el tercer aspecto recogido en la cláusula sobre los derechos a la igualdad de la Constitución.

Una vez establecido que South African Airways había incurrido en un acto de discriminación injusta, el Tribunal Constitucional procedió a emitir el fallo. El Tribunal ordenó a South African Airways que ofreciera un empleo a Hoffmann de forma inmediata, pero el apelante disponía de un plazo de 30 días a partir de la fecha de la oferta para aceptar el empleo y, si excedía dicho plazo, la oferta caducaría. Dado que Hoffmann no había puesto previamente en conocimiento de South African Airways que reclamaría una orden de pago retroactivo y puesto que se aportaron pruebas al Tribunal Constitucional sobre los ingresos reales perdidos como consecuencia de la negativa de la empresa a

contratarlo, el Tribunal se negó a otorgar carácter retroactivo a la orden. Por último, el Tribunal ordenó a South African Airways que asumiera el pago de las costas de Hoffmann tanto en el juicio ante el Tribunal Superior como ante el Tribunal Constitucional.

Comentario

El fallo confirma que prescindir de modo generalizado de las personas VIH-positivas para el empleo infringe el derecho a la igualdad garantizado por la Constitución. Cada uno de los candidatos a un puesto debería ser evaluado en función de sus circunstancias individuales, incluida la aptitud de cada cual para desempeñar las obligaciones esenciales de un trabajo, y no ser evaluado en función de su condición de VIH-positivo. Tal como señaló el Tribunal Constitucional, las personas que viven con el VIH no pueden ser “condenadas a una muerte económica” al negarles la igualdad de oportunidades en materia de empleo. En palabras del Tribunal Constitucional, el fallo constituye una validación del principio de *ubuntu*, un término zulú que hace referencia al reconocimiento de la valía del ser humano y el respeto por la dignidad de toda persona. Dada la categoría del Tribunal Constitucional sudafricano, esta sentencia tiene una importante repercusión tanto a escala nacional como internacional, especialmente en el sentido de que puede ejercer influencia en judicaturas de otros países africanos a la hora de ampliar la protección jurídica contra la discriminación de las personas que viven con el VIH.

En el contexto nacional, la mención del Tribunal Constitucional a la Ley de igualdad laboral también fue significativa. Son relativamente pocos los empleados sujetos a la Constitución. Los sudafricanos VIH-positivos que no trabajan para el Estado o para empresas estatales deben acogerse a la Ley de igualdad laboral para protegerse de la discriminación en el empleo. El análisis sobre la discriminación realizado por el Tribunal Constitucional en este caso puede orientar al Tribunal Laboral u otros tribunales en las decisiones fundamentadas en esta ley.

Este caso pone también de relieve la importancia que revisten las cuestiones relativas a la reparación para las personas que viven con el VIH que recurren a los tribunales para defender sus derechos. En este caso, el Tribunal no concedió al apelante indemnización alguna en concepto de salarios no percibidos a causa de la negativa de South African Airways a contratarlo como auxiliar de vuelo y se negó a hacerlo porque no se le presentaron pruebas al Tribunal para demostrar este punto. Si bien los principios jurídicos que se desarrollan mediante los fallos judiciales pueden tener una amplia repercusión, también deben protegerse los intereses en juego del litigante y presentarse pruebas que respalden las peticiones individuales del mismo.

Colombia: el Tribunal Constitucional sentencia que una escuela militar de cadetes violó los derechos de un estudiante VIH-positivo

XX contra *Ministerio de Defensa Nacional* (escuela de cadetes "General José María Córdova"), caso núm. T-707205, Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitucional (2003)

Tribunal y fecha del fallo

La Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitución emitió este fallo el 5 de junio de 2003.

Partes implicadas

El demandante, cuya identidad ha sido suprimida por orden judicial, era un estudiante de la escuela de cadetes "General José María Córdova" con el rango de alférez. El acusado en el caso era la escuela de cadetes.

Sentencia solicitada

XX interpuso una demanda para cuestionar la legalidad de la decisión de la escuela de cadetes de expulsarlo tras dar positivo en las pruebas del VIH. En el momento de su expulsión, al demandante le faltaban sólo dos meses para obtener el grado de subteniente. El demandante interpuso una acción de tutela el 28 de octubre de 2002 alegando violación de sus derechos a la vida, la igualdad, el trabajo, la intimidad, la salud y la libertad de escoger profesión u oficio. En la petición presentada ante la Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitucional, el demandante solicitó:

- que se le reincorporara en calidad de alumno regular de la escuela de cadetes "General José María Córdova", como alférez, con todos los derechos y prerrogativas, como si la decisión de expulsarlo nunca hubiera existido;
- que se autorizara su ascenso al grado de subteniente;
- que se le asignara un puesto acorde con su condición de persona VIH-positiva; y
- que se le proporcionara la atención médica necesaria tal como establecía el Decreto 1547 de 1997.³¹

Resultado

El 5 de junio de 2003, la Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitucional revocó el fallo emitido en primera instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Constitucional ordenó a la escuela de cadetes:

- que reintegrara a XX en el curso de subteniente dentro del plazo de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo;

³¹ El Decreto 1543 de 1997 es el instrumento jurídico nacional de Colombia por el cual "se reglamenta la gestión de la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)". Diario Oficial N° 43.062, 17 de junio de 1997.

- que dentro del plazo de los 10 días siguientes a la notificación del fallo le reconociera a XX el grado de subteniente si éste cumplía en aquel momento todos los requisitos exigidos para ello;
- que asignara a XX un puesto acorde con su situación dentro de las actividades ordinarias de la escuela de cadetes o de los subtenientes del Ejército; y
- que le proporcionara la asistencia médica necesaria, según lo determinaran los médicos competentes en el caso.

Circunstancias y hechos materiales

El demandante XX había ingresado en la escuela de cadetes “General José María Córdova” el 3 de septiembre de 1999. Según el reconocimiento médico al que fue sometido antes de ingresar, el demandante disfrutaba de buena salud. Fue ascendido de cadete a alférez y estaba en proceso de ser ascendido a subteniente del Ejército Nacional. Tras una donación de sangre realizada el 24 de mayo de 2002, la Junta Médica Laboral de las Fuerzas Armadas diagnosticó el 16 de septiembre de 2002 que XX era VIH-positivo. El paciente era asintomático, no tenía tos ni presentaba pérdida de peso. A pesar de ser asintomático, la Junta Médica Laboral declaró en su decisión que el demandante no era apto para el servicio militar porque sufría una “disminución laboral del 100%”. El 30 de septiembre, la escuela de cadetes resolvió expulsarlo a pesar de que sólo le quedaban dos meses para obtener el rango de subteniente.

XX interpuso una demanda el 28 de octubre de 2002 y correspondió a la Sala Civil del Tribunal Superior de Neiva llevar el caso en primera instancia. El fallo emitido el 19 de noviembre de 2002 respaldó la independencia de la Junta Médica Laboral para resolver el asunto. XX apeló entonces a la Sala de Casación Civil y Agraria del Tribunal Supremo de Justicia, que confirmó el fallo proferido en primera instancia en la decisión emitida el 16 de diciembre de 2002, y declaró que XX podía apelar la decisión ante el Tribunal de Sanidad Militar. Dado que no se habían agotado todas las vías de tutela dentro de las Fuerzas Armadas, el tribunal consideró que la decisión del demandante de interponer una demanda había sido prematura.

XX apeló entonces a la Sala Tercera de Revisión del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional declaró que podía atender la demanda del demandante aun si el Tribunal de Sanidad Militar no se había pronunciado al respecto, porque el caso trataba de la violación de derechos fundamentales y cualquier apelación ante el Tribunal de Sanidad Militar sería de carácter administrativo y no judicial. El Tribunal estimó que tenía jurisdicción para atender la demanda interpuesta por XX.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El Tribunal Constitucional sostuvo que las instituciones de educación superior (incluidas las de las Fuerzas Armadas) no están exentas de la obligación de respetar los derechos constitucionales. Para fundamentar esta afirmación, el Tribunal citó casos en los que había tutelado los derechos de oficiales femeninas de las Fuerzas Armadas para que éstas fueran admitidas en los cursos de especialización ofrecidos por la administración del ejército. El Tribunal Constitucional sostuvo asimismo que dispensar un trato diferente y prejuicioso a las personas que viven con el VIH atenta contra la Constitución. Citó un caso anterior en el que apeló a:

[L]a necesidad de recordar que el enfermo de SIDA o el simple portador del VIH es un ser humano y, por tanto, titular, de acuerdo con el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, sin que pueda ser objeto de ninguna discriminación, ni de ninguna arbitrariedad por razón de su situación.

Sería ilógico que a una persona por padecer un mal se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal.³²

El Tribunal citó otro aspecto de ese mismo caso, concretamente “que la situación de ser portador sano del VIH no es calificable de enfermedad.”³³ Por consiguiente, el Tribunal Constitucional estimó que la decisión de la Junta Médica Laboral de considerar que XX había perdido el 100% de su capacidad laboral, a pesar de reconocer que era un paciente asintomático, obedecía a un prejuicio y no a un diagnóstico objetivo del paciente. El Tribunal declaró que la decisión de expulsar al alumno había sido discriminatoria. Asimismo estimó que la decisión “vulneraba el derecho a la educación y el derecho a escoger profesión u oficio del demandante porque le impide continuar la carrera que decidió emprender sin que exista justificación válida para ello.”

El Tribunal Constitucional estimó que, para garantizar la plena efectividad del derecho del demandante a la integridad y a proteger su dignidad personal, era necesario asignarle una actividad adecuada que redujera el riesgo de deterioro de su condición clínica y le permitiera recibir tratamiento antirretrovírico u otro tratamiento que le fuera prescrito. El Tribunal consideró que el derecho a la salud del demandante implicaba la obligación de la escuela de cadetes de proporcionarle la atención médica que requiriera, incluido el tratamiento antirretrovírico.

Comentario

El Tribunal Constitucional hizo uso de derechos constitucionales tales como el derecho a la vida, a la igualdad, al trabajo, a la intimidad, a la salud y a la libertad de escoger una profesión o un oficio. El fallo del Tribunal Constitucional también representó una aplicación de las disposiciones con que cuenta la legislación colombiana para combatir la discriminación. En la aplicación de estas leyes quedó reflejada la legislación y las normas internacionales en materia de derechos humanos.

La legislación internacional sobre derechos humanos prohíbe la discriminación por cualquier motivo o condición. Esta prohibición queda incorporada en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que garantiza la igualdad de derechos para todas las personas: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.³⁴ Aunque implícitamente ya lo había señalado con anterioridad, en 1995, la Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas confirmó de forma explícita que la discriminación por motivo del VIH o el SIDA está prohibida y que este tipo de discriminación está incluida en la expresión “cualquier otra condición” del Pacto Internacional y de otros instrumentos³⁵, una conclusión que ha reiterado posteriormente en diversas ocasiones.³⁶ En el mismo sentido, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* recomiendan a los Estados promulgar o robustecer leyes que combatan la discriminación u otras leyes que protejan contra la discriminación a las personas con el VIH y otros grupos vulnerables en los sectores tanto público como privado.³⁷

³² Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 (1996).

³³ Sentencia SU-256 de 1996.

³⁴ *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, Artículo 26.

³⁵ Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, “La protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)” Resolución 1995/44.

³⁶ Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, “La protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)” Resoluciones 1996/43, 1999/49, 2001/51, 2003/37, y 2005/84.

³⁷ *El VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos y ONUSIDA (1998), Párr. 30.

Sudáfrica: el Tribunal desestima un caso contra una escuela que retrasó la solicitud de ingreso de una niña que vivía con el VIH

Karen Perreira contra Escuela de educación preescolar y primaria Buccleuch Montessori School (Pty) Ltd y otros, Tribunal Superior de Sudáfrica, caso núm. 4377/02 (2003)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Superior de Sudáfrica (Sala Local de Witwatersrand, Johannesburgo) emitió su fallo el 22 de octubre de 2003.

Partes implicadas

La demandante, Karen Perreira, interpuso una demanda en nombre de su hija, que vivía con el VIH. La organización AIDS Law Project la representó en el proceso. Perreira demandó por discriminación a Buccleuch Montessori School, una escuela privada de enseñanza preescolar y primaria. La hermana Helga Creche (Prop.), el ministro de Educación y el ministro de Desarrollo Social figuraban también como demandantes. (A los ministros no se les solicitó ninguna reparación, excepto las costas en el caso de que se opusieran a la solicitud, pero no fue así.) El proceso contra la segunda demandada, la hermana Helga Creche, se llevó a cabo por separado por acuerdo de las partes.

Sentencia solicitada

La demandante Perreira solicitó al tribunal una sentencia declarando que Buccleuch Montessori School había incurrido en una conducta discriminatoria e ilícita, contraria a la Constitución, al negarse a admitir a su hija.

Resultado

El Tribunal desestimó la petición de Perreira con costas.

Circunstancias y hechos materiales

En enero de 2001, Perreira solicitó una plaza para su hija adoptiva en la escuela demandada, pues había sido informada de que tenían tres plazas libres. En el momento de formalizar la solicitud, Perreira le comunicó al director de la escuela que su hija, que entonces tenía dos años y medio, vivía con el VIH, y lo hizo pensando que por el propio interés de su hija era conveniente que la escuela tuviera conocimiento de su condición clínica.

Más tarde, Perreira fue informada de que se había celebrado una reunión de profesores para hablar sobre el ingreso de su hija adoptiva en la escuela, y que existían serias dudas sobre la preparación de la escuela para tratar con alumnos VIH-positivos así como sobre el riesgo de transmisión del VIH en el contexto escolar. La escuela comunicó a Perreira que quería aplazar su solicitud hasta que su hija adoptiva cumpliera los tres años y hubiera dejado atrás la “fase de morder”.

Perreira le explicó al director que la condición de VIH-positiva de su hija no suponía ninguna amenaza para otros alumnos o profesores. Sin embargo, Perreira tuvo claro que su hija no iba

a ser admitida en la escuela porque era VIH-positiva. Al día siguiente, Perreira remitió una carta a la escuela protestando por la exclusión de su hija adoptiva basada en la condición de VIH-positiva de ésta. Su hija y ella no volvieron a la escuela para pedir ninguna otra cita con el personal. La escuela nunca llegó a responder a la carta.

La escuela Buccleuch Montessori negó que la niña hubiera sido rechazada rotundamente, y alegó que había aplazado su ingreso de forma justificada, a la vista de las dudas que habían expresado los profesores. La escuela expresó sus temores acerca de los riesgos de transmisión a otros niños que podían producirse al morderse entre ellos, rascarse picaduras de insectos o compartir caramelos. La escuela también señaló que no consideraba que el centro estuviera equipado para admitir a una alumna con el VIH dado que ninguno de los profesores había recibido formación sobre cómo tratar a niños con el VIH.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

La parte demandante arguyó que la escuela había vulnerado el derecho a la igualdad, reconocido en la Constitución (sección 9), de la hija adoptiva de Perreira, así como otras disposiciones constitucionales sobre el derecho de los niños a la educación. Presentó declaraciones juradas de expertos referentes a los riesgos de transmisión del VIH en el contexto escolar, pruebas relativas a la política de no discriminación del Departamento de Educación y jurisprudencia internacional.

La escuela admitió que, si hubiera discriminado a la niña por su condición de VIH-positiva, su conducta habría sido inconstitucional. El Tribunal confirmó este argumento. Sin embargo, la discusión de las partes se centró en si la solicitud de admisión de la niña había sido en efecto rechazada por su condición de seropositiva. La escuela concedió que había recomendado aplazar la solicitud hasta que se considerara preparada para admitir a niños con el VIH y hasta que su hija adoptiva hubiera “superado la fase de morder”. La demandante arguyó que esta conducta por sí sola constituía un acto de discriminación injusta contra la niña. El Tribunal estimó que la sugerencia del director de la escuela de aplazar el ingreso de la niña

...no constituyó una decisión final. De los hechos objetivos se desprende con claridad que el primer demandado [Buccleuch Montessori School] seguía dispuesto a tener en cuenta la solicitud de ingreso de la menor. En consecuencia, soy de la opinión de que el primer demandado no había tomado la decisión de excluir a la menor de la escuela simplemente por su condición de VIH-positiva. Por consiguiente, la solicitud debe ser desestimada con costas.

Perreira recurrió la sentencia, aunque después decidió no seguir adelante.

Comentario

Tal como señaló la organización AIDS Law Project, el fallo fue decepcionante por el enfoque empleado en la cuestión de la discriminación injusta, ya que no llegó a abordar las implicaciones del aplazamiento de la solicitud de la hija adoptiva de Perreira:

En opinión de AIDS Law Project (ALP), la sentencia resulta precaria puesto que permite que una escuela pueda en efecto excluir a un niño con el VIH siempre y cuando “aplace” su solicitud en lugar de negarse rotundamente a admitirlo. La sentencia no proporciona orientación alguna sobre los motivos en los que debería basarse dicho aplazamiento, cuánto tiempo puede aplazarse la solicitud y qué medidas debe tomar una escuela para poder acoger a niños con el VIH. La sentencia puede además servir como precedente para otros ámbitos en los que los proveedores de un servicio deseen excluir a las personas que viven con el SIDA.³⁸

³⁸ AIDS Law Project. Nota ref. Escuela guardería Buccleuch Montessori, sin fecha, disponible en www.alp.org.za.

De hecho, las preocupaciones sobre la posibilidad de transmisión del VIH expresadas por la escuela no eran razonables si se tiene en cuenta el reducido riesgo de transmisión; como tal, constituía un argumento que debería interpretarse como un acto de discriminación injusta contrario a la ley. La sentencia también es ambigua en cuanto a la aceptabilidad de la otra justificación presentada por la escuela, a saber: que no estaba equipada para tratar con niños VIH-positivos. La organización AIDS Law Project expresó sus dudas de la siguiente manera:

En el fallo no se proporcionan directrices sobre lo que las guarderías necesitarían hacer para asegurar que están en condiciones de admitir a niños VIH-positivos; tampoco se comenta ni se aborda el hecho de que no es razonable que cualquier escuela de Sudáfrica considere que no está equipada para admitir a niños VIH-positivos. [...] La organización AIDS Law Project albergaba la esperanza de que el tribunal lanzara a las guarderías el mensaje firme de que no admitir a niños VIH-positivos es inconstitucional e ilícito.³⁹

A pesar de las dudas sobre los posibles usos que podían hacerse de la sentencia, Perreira y AIDS Law Project decidieron no seguir adelante con el proceso de apelación. El caso había tenido una amplia repercusión y, tras posteriores valoraciones, concluyeron que era poco probable que la sentencia fuera utilizada para excluir de las escuelas a los niños que viven con el VIH.

³⁹ AIDS Law Project. Declaración de prensa: Karen Perreira contra Escuela guardería Buccleuch Montessori, 22 de octubre de 2003, disponible en www.alp.org.za.

Botswana: una empleada no puede ser despedida por negarse a someterse a las pruebas obligatorias de anticuerpos contra el VIH

Diau contra Botswana Building Society (BBS), caso núm. IC 50/2003, Tribunal Industrial de Botswana (2003)

Tribunal y fecha del fallo

La orden del Tribunal Industrial de Botswana fue emitida en diciembre de 2003.

Partes implicadas

La demandante fue contratada por la empresa demandada, Botswana Building Society, y posteriormente fue despedida poco después de negarse a someterse a la prueba de anticuerpos contra el VIH.

Sentencia solicitada

La demandante solicitó su reincorporación y una indemnización por despido improcedente y humillación. También solicitó al tribunal una declaración conforme sus derechos, de acuerdo con la Ley de empleo y la *Constitución*, habían sido violados.

Resultado

El Tribunal Industrial ordenó a la empresa demandada el reingreso de la demanda y el pago de una indemnización equivalente a cuatro meses de salario.

Circunstancias y hechos materiales

En una carta fechada el 18 de febrero de 2002, a Diau le fue ofrecido un contrato de prueba como ayudante de seguridad en la empresa Botswana Building Society. En la carta se le comunicaba que para obtener el puesto debía someterse previamente a un reconocimiento médico completo llevado a cabo por un médico elegido y pagado por Botswana Building Society. Diau comenzó a trabajar el 25 de febrero de 2002. En una carta con fecha del 27 de agosto de 2002, Botswana Building Society comunicó a Diau que debía presentar un documento que certificara su estado serológico respecto al VIH como parte del reconocimiento médico exigido para obtener el puesto. La demandante respondió mediante carta fechada el 7 de octubre de 2002 negándose a proporcionar dicho documento. Botswana Building Society le comunicó posteriormente, en una carta fechada el 19 de octubre de 2002, que no le sería ofrecido un puesto fijo en la empresa. Diau llevó el caso ante los tribunales.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Se solicitó al Tribunal Industrial que determinara si la rescisión del contrato de Diau por parte de la empresa demandada era ilícita o injustificada, de acuerdo con lo estipulado bien en la Ley de empleo bien en la Declaración de Derechos de la *Constitución de Botswana*.

El Tribunal estudió en primer lugar la cuestión de si, en el momento del despido, Diau había completado el periodo de pruebas. El Tribunal decidió que en efecto lo había completado y

que, por consiguiente, era trabajadora fija de la empresa demandada en el momento de su despido. En consecuencia, Botswana Building Society no tenía derecho a despedirla sin alegar una razón válida. El Tribunal declaró que Botswana Building Society actuó de un modo improcedente, tanto de procedimiento como en materia de cuestiones sustantivas, al rescindir el contrato de la demandante: la demandante fue sometida a un procedimiento injusto y no le fue comunicado el motivo de su despido.

El Tribunal estimó que, de hecho, Diau había sido despedida por haberse negado a someterse a la prueba del VIH. El Tribunal decidió que la demandante tenía derecho a desacatar la orden de someterse a una prueba del VIH dado que era “irracional e irrazonable por cuanto no puede afirmarse que tal prueba guarde relación con los requisitos específicos para el puesto”.

El Tribunal describió el requisito de someterse a la prueba del VIH como “prueba obligatoria poscontratación” y se cuestionó si el empleador, Botswana Building Society, había vulnerado los derechos constitucionales de Diau al exigirle la prueba y despedirla tras obtener una negativa. Diau apeló a los derechos a la intimidad, a la no discriminación, a no ser sometida a un trato inhumano y degradante, y a la libertad, tal como están previstos de la Declaración de Derechos constitucional. Como respuesta, Botswana Building Society arguyó que la Constitución no era aplicable en ese caso puesto que la empresa no era una entidad pública ni gubernamental. El Tribunal definió a la sociedad constructora demandada como una “organización privada que ciertamente funcionaba en el dominio público” y no como un “órgano estatal tal como suele entenderse en el derecho constitucional”.

El Tribunal desestimó los argumentos del empleador. Dictaminó que la Declaración de Derechos constitucional era de aplicación para la empresa Botswana Building Society en las circunstancias concretas del caso por dos razones. En primer lugar, porque la Constitución de Botswana no había sido concebida por sus fundadores para regular únicamente los órganos estatales. En segundo lugar, la Constitución debía ser interpretada en un sentido amplio y liberal y atendiendo a las realidades de la vida moderna. Por consiguiente, la Declaración de Derechos debería aplicarse a las entidades privadas cuando existiera un ejercicio de poder comercial o social superior por parte de éstas fuera del dominio tradicional del Estado. En el contexto laboral, el empleado se halla en una posición respecto al empleador comparable a la que ocupa el individuo en relación con el poder del Estado.

El Tribunal procedió a determinar si Botswana Building Society había vulnerado los derechos de Diau reconocidos en la Constitución. Concluyó que el derecho de la demandante a la intimidad no había sido violado: puesto que la prueba del VIH no había llegado a realizarse, no se había producido invasión o inobservancia a este respecto.

El Tribunal también dictaminó que la empresa demandada no había actuado de manera discriminatoria según lo estipulado en la Declaración de Derechos porque no se había demostrado que la aspirante al puesto hubiera recibido un trato diferente. En otras palabras, no había pruebas que demostraran que el despido había estado motivado por la sospecha o la creencia de que la demandante fuera VIH-positiva. El Tribunal admitió, no obstante, que el estado serológico respecto al VIH o las creencias sobre el mismo eran uno de los motivos “que no figuran” entre los motivos por los que la Constitución prohibía la discriminación.

El Tribunal estimó que el derecho de Diau a no ser sometida a un trato inhumano y degradante había sido vulnerado. “Castigar a un individuo por negarse a consentir una violación de su intimidad o su integridad corporal resulta humillante, indigno, degradante e irrespetuoso con el valor intrínseco del ser humano.” El Tribunal subrayó que esta conclusión estaba particularmente justificada en el contexto del VIH, “donde incluso la más remota de las sospechas de ser VIH/SIDA [sic] puede dar lugar a serios prejuicios, al ostracismo y a la estigmatización.” El Tribunal declaró que castigar a un empleado con el despido por no someterse a las pruebas del VIH era “una forma de asfixia económica”. En opinión del Tribunal, las personas deberían ser estimuladas mediante educación a someterse a las pruebas voluntarias del VIH, previo consentimiento informado, tal como

recomiendan la Política Nacional de Botswana sobre el VIH/SIDA y diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Finalmente, el Tribunal decidió que Botswana Building Society había vulnerado el derecho de Diau a la libertad en la medida en que la petición de una prueba del VIH con el despido como sanción en caso de negativa constituía una “exigencia irracional por cuanto estaba plenamente desvinculada de los requisitos específicos para el puesto.”

El Tribunal estimó que el fallo pertinente era ordenar a Botswana Building Society la reincorporación de Diau a partir del 12 de enero de 2004 e indemnizarla con cuatro meses de salario. El Tribunal dejó constancia de que la cantidad de la indemnización no se entregaba en concepto de salario y que, por tanto, la empresa demandada no debía aplicar deducciones a la misma. El Tribunal no emitió una orden referente a quién debía hacerse cargo de las costas procesales.

Comentario

Desde la óptica de los derechos humanos, hay en este fallo aspectos positivos y negativos. En cuanto a lo positivo, el fallo defiende una aplicación “horizontal” de la Constitución de Botswana a aquellas entidades que no son estatales. Según el Tribunal, los actores privados que ejercen un importante poder económico y social y, por consiguiente, ejercen una influencia considerable en las vidas de los ciudadanos, no están exentos de acatar la Constitución. En los sistemas jurídicos donde no existen leyes específicas de derechos humanos aplicables a los actores privados, y donde la única protección de los derechos humanos se halla en los artículos constitucionales, la aplicación de la Constitución a actores que no sean el Estado puede proporcionar a las personas que viven con el VIH una medida de protección de sus derechos humanos fundamentales.

Otro elemento positivo del fallo reside en la buena voluntad del Tribunal al tener en cuenta la Política Nacional de Botswana sobre el VIH/SIDA, en la medida en que lo estipulado en ella es coherente con los valores propugnados por la Constitución, como una ayuda interpretativa de peso en su análisis constitucional. Dicha política no tenía carácter vinculante, puesto que no es una ley, pero fue importante dado que Botswana no había aprobado ninguna ley respecto a las pruebas del VIH.

El último aspecto positivo consistió en la voluntad que mostró el Tribunal al estudiar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, las constituciones de otros países, los fallos relacionados con el VIH emitidos en otros países y otras fuentes internacionales que proporcionan orientación sobre el VIH, de las cuales algunas se hacen eco de los derechos humanos. El Tribunal estudió concretamente las prácticas óptimas de la Organización Mundial de la Salud, los pactos de la Organización Internacional del Trabajo, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* elaboradas por el ONUSIDA y la Oficina del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las constituciones del Canadá, la India, Namibia, Sri Lanka y Sudáfrica, y los fallos relacionados con el VIH de tribunales administrativos y judiciales de Sudáfrica.

Un importante aspecto negativo de la decisión fue la definición del Tribunal de la prueba del VIH como “prueba obligatoria poscontratación”, en lugar de prueba obligatoria como condición a la contratación. La empresa demandada pidió específicamente y por escrito un documento que certificara el estado serológico respecto al VIH de la demandante más de seis meses después de que ésta se hubiera incorporado al puesto. Sin embargo, las pruebas demostraban con claridad que el puesto de la demandante dependía de la finalización satisfactoria del examen médico, que incluía bien una prueba del VIH bien un documento certificado sobre el estado serológico respecto al VIH. Por consiguiente, el fallo no aborda la cuestión de si la prueba del VIH como requisito para conseguir un empleo es una práctica lícita de acuerdo con la legislación de Botswana. En un país como Botswana, la ley

debe esforzarse en proteger los derechos humanos individuales previniendo los incumplimientos y no limitarse únicamente a proporcionar soluciones cuando los incumplimientos ya se han producido.

Una segunda limitación del fallo, relacionada con la primera, fue el escueto análisis del asunto de la discriminación relacionada con el VIH. Resulta alentador que el Tribunal reconociera que la discriminación por la condición, real o supuesta, de VIH-positivo está constitucionalmente prohibida en Botswana. Pero el enfoque que aplicó el Tribunal a la cuestión de exigir la prueba del VIH como condición para obtener un empleo no alcanzó el objetivo de proporcionar plena protección contra dicha discriminación. En muchas jurisdicciones se ha reconocido que constituye un acto prohibido de discriminación solicitar al aspirante a un empleo información, por citar algunos ejemplos, sobre su estado civil, su religión, su orientación sexual, su raza o su etnia. De igual modo, muchas jurisdicciones han reconocido que indagar sobre el estado serológico respecto al VIH de un empleado constituye, por sí solo, una práctica discriminatoria prohibida por la ley. Este caso ofreció una buena oportunidad al Tribunal para establecer proactivamente que imponer las pruebas del VIH como condición para obtener un empleo era, *per se*, discriminatorio según la Constitución de Botswana. Esto habría sido coherente con la declaración del Tribunal de que “el lenguaje de la Constitución debe ser interpretado con amplitud e intencionalidad, a fin de hacer aplicable su espíritu, y esto corresponde hacerlo en particular con aquellas disposiciones que atañen a la protección de los derechos humanos fundamentales.”

Por último, el Tribunal no ordenó indemnizar totalmente a la demandante. Con arreglo a la Ley de conflictos laborales, el Tribunal podría haber otorgado a la demandante una indemnización de seis meses de salario. Considerando la conclusión del Tribunal de que las circunstancias en que se produjo el despido de la demandante eran “del todo injustas, constitutivas de un atentado injustificado contra su dignidad y su derecho a la libertad”, existe un argumento sólido para determinar que debía haberse concedido la máxima indemnización.

II. El acceso al tratamiento del VIH



Colombia: el Estado tiene el deber constitucional de asegurar el tratamiento del VIH

Alonso Muñoz Ceballos contra Instituto de Seguros Sociales, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-484-92 (1992)

Tribunal y fecha del fallo

En primera instancia, la sentencia en la que se dictó una resolución transitoria fue emitida por el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá Valle el 25 de marzo de 1992. La Corte Constitucional pronunció su decisión final respecto a la base jurídica de la petición el 11 de agosto de 1992.

Partes implicadas

El solicitante, Alonso Muñoz Ceballos, interpuso una demanda (*acción de tutela*) contra el Instituto de Seguros Sociales de Colombia.

Sentencia solicitada

El solicitante formuló la petición de un mandato judicial de protección de los derechos constitucionales fundamentales (*acción de tutela*), solicitando una sentencia que estableciera que tenía derecho a continuar recibiendo el tratamiento médico necesario, incluido tratamiento para el VIH y el SIDA, subvencionado por el Instituto de Seguros Sociales. La petición incluía también la solicitud de una orden transitoria para evitar que el hospital suspendiera sus prestaciones en espera de la sentencia definitiva sobre la base jurídica del caso.

Resultado

Para evitar daños irreparables para su salud, la Corte dictó una resolución transitoria en la que ordenó al Instituto de Seguros Sociales que continuara proporcionando a Muñoz tratamiento médico después de los 180 días del plazo que le había sido impuesto, hasta que el Instituto de Seguros Sociales o una autoridad judicial competente decidiera la base jurídica de la acción interpuesta. Al solicitante le fueron concedidos cuatro meses de plazo para presentar una solicitud detallada ante el tribunal contencioso administrativo; si al término de dicho periodo el solicitante no había presentado la mencionada solicitud, cesarían los efectos de la orden transitoria.

Muñoz presentó la solicitud de interés particular. Finalmente, la Corte Constitucional declaró que el Instituto de Seguros Sociales disponía de 15 días a partir de la fecha de notificación del fallo para definir concretamente cuáles eran los servicios médicos y hospitalarios a los que el solicitante tenía derecho, ya fuera como beneficiario de la pensión de invalidez ya de cualquier otro régimen que pudiera corresponderle al solicitante, y todo ello de conformidad con las directrices de la Corte respecto a la naturaleza y el alcance de los derechos a la salud y a la no discriminación. La Corte ordenó asimismo al Instituto de Seguros Sociales que comunicara al primer tribunal ante el que fue presentada la causa la decisión del Instituto, decisión que podría quedar sujeta a un posterior recurso judicial si el Instituto no respetase las instrucciones de la Corte. En el ínterin, se ordenó al Instituto de Seguros Sociales que continuara prestando al solicitante los servicios a los que éste había tenido acceso con anterioridad.

Circunstancias y hechos materiales

De acuerdo con su historial laboral, el solicitante había reunido durante un tiempo los requisitos necesarios, antes de que le fuera diagnosticado el VIH, para disfrutar de las prestaciones del Instituto de Seguros Sociales en un centro público de atención sanitaria. Dicho centro le comunicó que, transcurrido el plazo de 180 días, quedaría suspendido su acceso gratuito al tratamiento. Dada su necesidad de continuar disfrutando de acceso a las prestaciones, incluido el acceso a los medicamentos, el solicitante interpuso una demanda judicial exigiendo una resolución urgente de protección contra el inminente incumplimiento de sus derechos humanos.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

La Corte abordó dos cuestiones importantes relativas a los derechos humanos:

- i) la interpretación del derecho al acceso a los servicios de atención sanitaria, tal como lo estipula la legislación colombiana; y
- ii) el derecho de las personas que viven con el VIH y con SIDA a la no discriminación.

Al tratar estas dos cuestiones en el contexto de la petición presentada por el demandante, la Corte comenzó su análisis citando las disposiciones de la Constitución de Colombia que hacían referencia a las mismas.

En cuanto al *derecho a la salud*, la Constitución (Artículo 49) declara que la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, y establece que toda persona tiene el derecho de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. Asimismo, recoge que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La responsabilidad del Estado también incluye el establecimiento de las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, así como la de ejercer la vigilancia y el control de las mismas. Por último, la Constitución estipula que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Por otra parte, la Constitución (Artículo 13) prevé *el derecho a la no discriminación* por una serie de motivos. Establece que el Estado deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Asimismo, se asigna al Estado la obligación de proteger especialmente a las personas que se encuentren en circunstancias de “debilidad” manifiesta por su condición económica, física y mental, y también la obligación de sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra ellas. (No se hace referencia a la condición de la salud o la discapacidad en la lista de las razones por las que se prohíbe discriminar, entre las que figuran el sexo, la raza, el origen nacional, la religión, etc., ni se menciona de forma expresa el VIH o el SIDA. Sin embargo, la resolución de la Corte parte claramente de la premisa de que cabe aplicar dichas disposiciones constitucionales a la protección de las personas que viven con el VIH/SIDA).

En su fallo, la Corte Constitucional coincidió con el tribunal inferior en que los derechos constitucionales al acceso a los servicios sanitarios y a la no discriminación implicaban la obligación jurídica del Instituto de hacerse cargo del tratamiento médico de Muñoz.

La Corte señaló que el derecho a la igualdad está previsto en el capítulo de la Constitución colombiana que trata de los derechos denominados “fundamentales”, mientras que el derecho al acceso a los servicios sanitarios aparece previsto en una sección separada sobre los “derechos económicos, sociales y culturales”. La Corte explicó que, dado que la salud es un concepto inherente a la existencia digna de los hombres, goza de protección constitucional, especialmente en el caso de las personas

que son vulnerables por su condición económica, física o mental. Así entendido, el derecho a la salud tiene como objetivo asegurar el derecho fundamental a la vida (consagrado en el Artículo 11 de la Constitución), por el cual el Estado debe otorgarle un trato prioritario y preferencial para su protección efectiva. Esto queda reflejado en el hecho de que la Constitución define la salud como un servicio público a cargo del Estado y garantiza el acceso de todas las personas a dicho servicio para proteger y promocionar la salud. Asimismo, el Estado tiene la obligación constitucional de establecer políticas para tal fin, lo cual comporta la regulación de los proveedores de servicios sanitarios, y de definir por ley las circunstancias en que los servicios de salud serán gratuitos.

Según la Corte, el derecho a la salud conforma una serie de elementos cuyas fronteras no siempre son claras. En algunos casos, el derecho a la salud representa un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra el derecho a la salud de una persona equivale a atentar contra su propia vida. En este sentido, el derecho a la salud constituye un derecho fundamental. Sin embargo, en otros aspectos, el derecho a la salud se entiende como un derecho de carácter asistencial. En reconocimiento del derecho a los servicios de asistencia sanitaria, la Constitución impone al Estado acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, para asegurar no sólo el acceso a la atención médica, sino también los derechos hospitalario, de laboratorio y farmacéuticos. Si bien el límite entre la salud como derecho fundamental y la salud como derecho asistencial es imprecisa y cambiante, según las circunstancias de cada caso, la Corte concluyó que, en principio, “el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección de la vida.”

En este caso, la Corte reconoció la gravedad de la enfermedad del solicitante y declaró que la privación del acceso a los servicios de asistencia necesarios, que había recibido con anterioridad a través del Instituto de Seguros Sociales, vulneraría su derecho fundamental a la salud. Si bien el Instituto de Seguros Sociales está sujeto a reglamentaciones y procedimientos jurídicos que deben tenerse en cuenta, es deber general del Estado garantizar el acceso a los servicios de atención sanitaria a las personas que se hallen en tales circunstancias. Esta última conclusión fue la consideración final de la Corte. Por consiguiente, la Corte ordenó al Instituto de Seguros Sociales que definiera con concreción las prestaciones asistenciales a las que Muñoz tenía derecho, relativas a la pensión de invalidez o a otro régimen, en un breve plazo de tiempo, y que informara al tribunal inferior de su decisión para que pudiera ser sometida, si fuera necesario, a posterior debate judicial. Entretanto, se ordenó al Instituto de Seguros Sociales que continuara prestando al solicitante los servicios a los que había tenido acceso previamente.

Comentario

La Corte se centró fundamentalmente en las disposiciones de derechos humanos recogidas en la Constitución, y en particular en el artículo que reconoce expresamente las obligaciones positivas a cargo del Estado de proteger y promover la salud, entre las que figura la obligación de asegurar acceso gratuito a los servicios sanitarios para aquellos que lo necesiten. A fin de señalar la naturaleza fundamental de tal derecho (y sus correspondientes obligaciones), la Corte citó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Artículo 12), donde se reconoce de forma expresa el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Sin embargo, la Corte se limitó a hacer una mera referencia incidental sin entrar a analizar en detalle la forma en que ese derecho establecido en dicho tratado internacional ha sido interpretado por otras instituciones, colombianas o de otros países. Si bien la decisión se considera positiva por cuanto aplica lo estipulado en el tratado internacional, cabe lamentar que la Corte no reflexionara más sobre este punto, dado que ello podría haber sido útil para la introducción de este derecho en la legislación colombiana.

También se mencionó el derecho a la igualdad, y en el contexto de la discusión sobre el acceso a los servicios asistenciales, la Corte hizo hincapié en la obligación del Estado de proteger especialmente a aquellos que se hallen en circunstancias de “debilidad” por su condición económica o por su “condición física o mental” (por ejemplo, invalidez). La disposición constitucional no prohíbe expresamente la discriminación por razones de discapacidad ni alude específicamente al derecho de las personas con discapacidades a un trato igualitario, sino que más bien refleja un enfoque “humanitario”, caritativo. No obstante, dentro de esta limitación la Corte Constitucional insiste, en efecto, en que las personas con el VIH tienen derecho a un acceso igualitario a las prestaciones sanitarias proporcionadas por el Instituto de Seguros Sociales y repara la decisión discriminatoria del Instituto de limitar dichos servicios.

Éste constituye uno de los primeros casos de América Latina que examina el contenido y la aplicabilidad del derecho a la salud en el contexto de una demanda interpuesta por una persona con el VIH donde se denunciaba la denegación discriminatoria del acceso a la cobertura sanitaria. Si bien aquí no se hace referencia de forma específica a la cuestión del tratamiento antirretrovírico, en ese mismo año llegó a los tribunales de Costa Rica una demanda donde sí se abordaba dicha cuestión (véase el siguiente estudio de caso). A pesar de que finalmente el fallo no resultó favorable, aquel proceso sentó las bases para posteriores esfuerzos de apoyo y reivindicación, también a través de los tribunales, que unos años más tarde dieron sus frutos y supusieron un gran paso adelante en el acceso al tratamiento en la región.

Costa Rica: la Seguridad Social debe satisfacer el costo de los antirretrovíricos de las personas con el VIH y con SIDA

Luis Guillermo Murillo Rodríguez y otros contra Caja Costarricense de Seguro Social, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 6096-97 (1997)

William García Álvarez contra Caja Costarricense de Seguro Social, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 5934-97 (1997)

Tribunal y fecha del fallo

La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el caso *García* fue pronunciada el día 23 de septiembre de 1997. El mismo tribunal emitió una sentencia similar el 26 de septiembre de 1997, tres días después, sobre el caso Murillo. (Aunque el proceso judicial de *Murillo* comenzó antes, la extrema urgencia del caso *García*, presentado posteriormente a los tribunales, motivó una rápida respuesta del tribunal).

Partes implicadas

En todos los casos, los solicitantes eran personas que vivían con el VIH que necesitaban antirretrovíricos y reunían los requisitos exigidos para gozar de la cobertura de las prestaciones sanitarias de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). La demanda fue interpuesta por activistas de la Asociación de Derechos Humanos Agua Buena. La demandada fue la CCSS.

Sentencia solicitada

En ambos casos, los solicitantes interpusieron un recurso de *amparo*⁴⁰, con carácter de urgencia, solicitando una orden que obligara a la Caja a ampliar el suministro de medicamentos antirretrovíricos a fin de proteger su derecho a la vida y a la salud.

Resultado

El 23 de septiembre de 1997, la Corte ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social que suministrara inmediatamente a William García los fármacos antirretrovíricos necesarios. Tres días después, el 26 de septiembre de 1997, la Corte emitió un fallo similar en el caso de Guillermo Murillo y los otros dos solicitantes al ordenar a la Caja Costarricense de Seguro Social que les suministrara

⁴⁰ El recurso de *amparo* es una solución jurídica prevista en algunos sistemas jurídicos de América Latina que, en un sistema de derecho consuetudinario, podría describirse como un "requerimiento constitucional", es decir, un requerimiento obtenido con carácter urgente para reparar una inobservancia de los derechos constitucionales o, en el caso de que fuera inminente, prevenirla. Es similar a un procedimiento de habeas corpus, pero su aplicación no queda limitada únicamente a cuestionar la legalidad de la detención o el ingreso en prisión de una persona. El procedimiento equivalente en otras jurisdicciones de América Latina se denomina acción de *tutela*.

terapias antirretrovíricas de combinación adecuadas a su condición clínica, de acuerdo con lo prescrito por los médicos responsables. Asimismo, la Corte resolvió que la Caja debía asumir el pago de las costas de los solicitantes e indemnizarles por daños y perjuicios.

Circunstancias y hechos materiales

El sistema nacionalizado de atención sanitaria de Costa Rica, subvencionado con fondos de la Caja Costarricense de Seguro Social, proporciona cobertura sanitaria a la mayoría de los habitantes. La Caja se nutre fundamentalmente de las contribuciones de empleadores y empleados, las cuales representan un porcentaje de la nómina. Las contribuciones de cada persona empleada le otorgan derecho a cobertura sanitaria para sí misma y para sus parientes cercanos. Las personas sin empleo tienen la posibilidad de afiliarse al “régimen voluntario” de la Caja, previo pago de una cuota (subvencionada), que proporciona cobertura limitada en caso de problemas de salud graves.

En 1992, varias personas que vivían con el VIH acudieron sin éxito a los tribunales para solicitar una resolución judicial que obligara a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir el medicamento antirretrovírico AZT (Corte Suprema, Sentencia núm. 280-92, febrero de 1992). La Corte rechazó la solicitud alegando que la AZT no curaba la infección por el VIH y que los análisis de sus efectos no eran “concluyentes”, además de aludir al elevado costo del fármaco. El tribunal se cuestionó por qué, si ordenaba el suministro de ese medicamento a aquel grupo de pacientes, no había de ordenar también la cobertura de los gastos de otros pacientes con enfermedades graves o terminales. (La Corte no entró a responder esta importante pregunta ni a examinar si efectivamente el Estado costarricense podría tener el deber, en virtud del derecho humano a la salud, de tomar medidas razonables a fin de satisfacer tales necesidades.)

Varios años después, tras la aparición en 1996 de los inhibidores de la proteasa —un nuevo tipo de medicamentos antirretrovíricos que prometía unos resultados considerablemente positivos a la hora de mejorar el sistema inmunitario y la salud de las personas que vivían con el VIH— los activistas costarricenses de la lucha contra el SIDA reemprendieron e intensificaron los esfuerzos para lograr que la Seguridad Social cubriera los medicamentos que necesitaban las personas que vivían con el VIH. En 1997, a pesar de las reiteradas peticiones y la presión política, la Caja Costarricense de Seguro Social manifestó con rotundidad ante un grupo de personas que vivían con el VIH y con SIDA y sus abogados que no subvencionaría los medicamentos antirretrovíricos necesarios para tratar la enfermedad del VIH.

Como respuesta a esta negativa, en agosto de 1997 tres individuos que vivían con el VIH y que necesitaban tratamiento antirretrovírico (entre ellos Guillermo Murillo, la primera persona que declaró públicamente en Costa Rica su condición de VIH-positivo), interpusieron una demanda ante la Corte Constitucional para solicitar una resolución judicial de carácter urgente que pusiera remedio a la violación de su derecho constitucional a la vida. Unas semanas más tarde, uno de los activistas que había ayudado a poner en marcha el proceso judicial recibió una llamada de William García, un antiguo colega que tenía el VIH. García había sido ingresado en un hospital a causa de una neumonía y estaba a punto de fallecer. La urgencia de su caso condujo a la presentación de otra petición ante la Corte Constitucional, con la esperanza de que la Corte se viera obligada a actuar a la vista del fallecimiento inminente causado por la falta de acceso a los medicamentos antirretrovíricos.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Los solicitantes alegaron en ambos casos que la negativa del gobierno a cubrir los medicamentos antirretrovíricos mediante la Caja de Seguro Social amenazaba con violar su derecho a la vida, dado que fallecerían sin dichos medicamentos.

En su decisión, la Corte señaló que los derechos a la vida y a la salud constituían “valores supremos”, citando la Constitución nacional y otros instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. La Corte también citó de forma explícita el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, tal como queda recogido en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Artículo 12).

Respecto a la Caja Costarricense de Seguro Social, la Corte afirmó que el sistema de seguridad social nacional era “un pilar fundamental del sistema democrático nacional”. En Costa Rica, la Caja Costarricense de Seguro Social era un sistema al que contribuía la gran mayoría de la población con sus cotizaciones, y del que la mayoría tenía derecho a beneficiarse en caso de necesitar atención médica. La Corte destacó el carácter “crucial, fundamental” de la misión encomendada a la Caja y su contribución a la “solidaridad nacional”.

En este caso, la Caja arguyó que desde el punto de vista presupuestario era imposible proporcionar los medicamentos antirretrovíricos que reclamaban los solicitantes, y que pretender lo contrario significaría “el principio del fin del sistema de seguridad social.” Sin embargo, la Corte declaró que la Caja no podía alegar las limitaciones financieras como justificación para no observar aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad, que es precisamente proporcionar cobertura de la atención médica necesaria. La Corte citó uno de sus fallos anteriores (Sentencia núm. 5130-94):

“... si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nulo el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues [...] sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles [...] ¿De qué sirven todos los demás derechos y garantías, las instituciones y sus programas, las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una sola persona no puede contar con que tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud?”

La Corte estimó además que, de tratarse de una simple cuestión de frío análisis financiero, no sería aceptable examinar aisladamente el costo que suponía el suministro de antirretrovíricos; sería, cuando menos, igual de pertinente tener en cuenta los costos directos e indirectos que supone privar de medicamentos a personas que sin ellos caerán enfermas.

Tal como se mencionó anteriormente, la Corte también se retractó del fallo que la misma Sala emitió en 1992 (Sentencia núm. 280-92, 7 de febrero de 1992). En 1992 la Sala se había negado a ordenar a la Caja Costarricense de Seguro Social que subvencionara el medicamento antirretrovírico AZT a las personas que vivían con el VIH, y para ello había alegado como motivos el elevado costo del medicamento y la escasez de pruebas sobre su eficacia. La Corte señaló que los tratamientos para el VIH habían experimentado cambios significativos desde la promulgación del anterior fallo de la Sala, y que la eficacia de los nuevos tratamientos antirretrovíricos en la reducción de la morbilidad y la mortalidad estaba considerablemente acreditada. Asimismo, la Corte estimó que, desde una perspectiva epidemiológica, el SIDA constituye una de las causas principales de mortalidad en Costa Rica, y ese “hecho, por sí sólo, exigía de las autoridades nacionales una postura clara y acciones inmediatas y consecuentes.”

La Corte decidió, por consiguiente, adaptar su anterior jurisprudencia a las circunstancias nuevas e imperantes. La Sala declaró por tanto que “la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que ésta le encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social.”

La Corte reconoció que su decisión podía provocar un estado de “congoja” en las autoridades responsables de la Caja de Seguro Social, pero expresó su opinión de que “teniendo en cuenta el grado de madurez y experiencia desarrolladas por la CCSS durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, la Sala espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de SIDA y la sociedad costarricense en general.”

Finalmente, la Corte ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social iniciar inmediatamente el suministro a los solicitantes de la terapia antirretrovírica de combinación adecuada a su condición clínica, según lo prescribieran los médicos responsables. También condenó a la Caja al pago de las costas y los daños y perjuicios causados a los solicitantes.

Comentario

Al cabo de una semana, decenas de personas que vivían con el VIH habían manifestado su intención de cursar peticiones para obtener acceso a los medicamentos. Ante la posibilidad de una avalancha de centenares de solicitudes, la Corte dictaminó que la Caja Costarricense de Seguro Social debía desarrollar un plan para subvencionar el tratamiento de todas las personas que vivieran con el VIH y necesitaran medicamentos antirretrovíricos, una orden que al cabo de pocas semanas la Caja ya había cumplido. Así, Costa Rica se convirtió en el primer país de América Central en subvencionar fármacos antirretrovíricos a través de su plan nacional de seguridad social. En buena parte debido a la ampliación del acceso al tratamiento, la cifra de fallecimientos a causa del SIDA en Costa Rica descendió de 102 en 1998 a 44 en 1998, y ello a pesar de que el número de diagnósticos de SIDA aumentó durante ese mismo periodo.⁴¹

Estos casos han contribuido también a impulsar el activismo más allá de las fronteras costarricenses. En abril de 1998, por ejemplo, una organización de Panamá dedicada a defender y fomentar los derechos de las personas que viven con el VIH cursó una petición ante la Corte Suprema de Panamá solicitando una resolución, similar a la lograda en Costa Rica, que obligara a la Caja de Seguro Social a subvencionar los medicamentos antirretrovíricos. En diciembre de 1998, la Corte desestimó la petición alegando razones técnicas, sin llegar a valorar las bases sustantivas del caso. No obstante, la Corte sí declaró que la Caja de Seguro Social era la responsable de asegurar una atención sanitaria adecuada.

Aunque la Corte Suprema panameña no tomara las medidas que se aplicaron en Costa Rica, no cabe duda de que el fallo de la Corte Suprema costarricense sentó un precedente de gran trascendencia política para toda la región. La desestimación de la petición presentada ante el tribunal panameño no supuso un punto final. En mayo de 1999, bajo la presión de una campaña permanente de acciones jurídicas, presiones políticas y manifestaciones (donde llegaron a cortarse las calles del centro de la ciudad), la Caja de Seguro Social anunció que ampliaría la cobertura de su plan de atención de salud a fin de que incluyera medicamentos antirretrovíricos tanto para los afiliados como para las personas sin seguro médico. Si bien fueron las protestas de carácter político lo que provocó en último término un cambio en la política del gobierno panameño, los fallos judiciales del tribunal costarricense en los casos de *Murillo y García*, y el consiguiente cambio en la política gubernamental de Costa Rica, sin duda contribuyeron a impulsar el activismo a favor del acceso al tratamiento en la región.

⁴¹ R Stern. Activists win Supreme Court challenge in Costa Rica. HIV/AIDS and Human Rights: Stories from the Frontlines. Consejo Internacional de Organizaciones de Servicios sobre el SIDA (ICASO), junio de 1999, p. 17.

Reino Unido: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictamina que la deportación de un hombre con SIDA a un país sin tratamiento adecuado constituye un trato inhumano

D contra Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso núm. 146/1996/767/964 (1997)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la sentencia el 2 de mayo de 1997.⁴²

Partes implicadas

El demandante “D” era un ciudadano de Saint Kitts que se enfrentaba a su deportación del Reino Unido. El demandado era el Gobierno del Reino Unido.

Sentencia solicitada

El demandante D pidió al tribunal una sentencia que prohibiera al Reino Unido llevar a cabo su deportación a Saint Kitts, alegando que ello constituiría una violación de varios de sus derechos humanos de acuerdo con la *Convención Europea de Derechos Humanos*.

Resultado

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció a favor de uno de los cuatro argumentos presentados por D, estimando que su deportación constituiría un trato inhumano y degradante contrario al Artículo 13 de la *Convención*.

Circunstancias y hechos materiales

D era ciudadano de Saint Kitts. En 1993, llegó al Reino Unido en busca de un visado de turista para permanecer dos semanas en el país. En el aeropuerto, fue descubierto en posesión de cocaína y se le denegó el permiso. No obstante, fue retenido y juzgado en el Reino Unido. Unos meses después, fue declarado culpable de evadir fraudulentamente la prohibición de importar estupefacientes y fue condenado a seis años de prisión. En agosto de 1994, estando todavía en prisión, D sufrió un ataque de neumonía por *Pneumocystis carinii* (PCP), una infección oportunista común, y se le diagnosticó el VIH. A partir de agosto de 1995 su recuento de células T4 se situó por debajo de 10, le diagnosticaron el SIDA y comenzó a padecer de forma recurrente anemia, infecciones bacterianas en el pecho, malestar, erupciones cutáneas, pérdida de peso y episodios de extrema fatiga.

En enero de 1996, se autorizó su puesta en libertad condicional por buen comportamiento; inmediatamente antes de su salida de prisión, las autoridades de inmigración ordenaron su deportación a Saint Kitts. Así pues, tras su puesta en libertad condicional, D fue detenido por el departamento de inmigración a la espera de recibir la orden de expulsión. Varios meses después, con el proceso

⁴² *Reports of Judgements and Decisions 1997-III*, p. 795, § 59; (1997), 24 EHRR 423 (European Court of Human Rights). La sentencia puede consultarse también en la página web del Tribunal Europeo: www.echr.coe.int.

judicial ya en marcha, fue puesto en libertad para su internamiento en un centro especial destinado a personas con SIDA y gestionado por una organización benéfica que proporcionaba alojamiento, comida y servicios gratuitos. Allí se le suministraron medicamentos antirretrovíricos y pentamidina para prevenir la recidiva de neumonía. Unos meses más tarde, poco antes de que su caso fuera visto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase más abajo), fue ingresado en un hospital con un pronóstico incierto.

Unos días después de la emisión de la orden de expulsión, los abogados de D solicitaron al Secretario de Estado la concesión de un permiso que autorizara a D permanecer en el Reino Unido por razones humanitarias, dado que su traslado a Saint Kitts supondría la pérdida del tratamiento médico al que estaba siendo sometido el paciente en aquel momento y, por tanto, su esperanza de vida se vería reducida. El médico asesor en el caso indicó que “la esperanza de vida [de D] se vería sustancialmente reducida en el caso de regresar a Saint Kitts, donde no se dispone de medicamentos; es importante que reciba el tratamiento de pentamidina contra la PCP y que se le prescriba con prontitud una terapia antimicrobiana para prevenir otras infecciones que, por su estado, el paciente es propenso a contraer.” El pronóstico indicó que la esperanza de vida de D probablemente era de entre 8 y 12 meses, periodo que quedaría reducido a menos de la mitad en el caso de no disponer de las terapias de probada eficacia y la atención médica adecuada. Según datos de la Cruz Roja y de la Alta Comisión de Estados del Caribe Oriental, los establecimientos sanitarios de Saint Kitts no disponían de capacidad para proporcionar el tratamiento médico que D necesitaba, y no existía ningún servicio de atención sanitaria en Saint Kitts que suministrara medicamentos para el tratamiento del SIDA. D no tenía casa en Saint Kitts ni parientes cercanos que pudieran cuidar de él.

La legislación del Reino Unido establecía diferencias entre los permisos de *entrada* al país y los permisos de *permanencia*, una distinción importante en el caso de las personas que viven con el VIH. La política oficial del Gobierno que proporciona las directrices que hay que seguir a los oficiales de inmigración estipula que en el caso de las solicitudes de visados para entrar en el Reino Unido, el permiso le será denegado a toda persona con el VIH o con SIDA que no cumpla los requisitos marcados por la Normativa de Inmigración. Sin embargo, en el caso de los solicitantes de un permiso de permanencia, la política preveía una excepción a la norma que podía ser aplicada para conceder dicho permiso por razones humanitarias a aquella persona a la que en otras circunstancias le sería denegado. La política establecía: “...pueden darse casos en los que la falta de servicios de tratamiento disponibles en el país del solicitante resulte evidente. Normalmente, la concesión del permiso de permanencia se considerará oportuna cuando las pruebas indiquen que la ausencia de tratamiento reduciría de forma significativa la esperanza de vida del solicitante.”⁴³

Sin embargo, el Jefe de la Oficina de Inmigración denegó la petición al cabo de dos días. La carta con la negativa decía lo siguiente:

Lamentamos las circunstancias médicas en que se halla el Sr. [...] D, pero no podemos aceptar, de acuerdo con la Política del Departamento, que, ni de forma general ni en las circunstancias particulares de este caso, resulte adecuado permitir que un paciente con SIDA permanezca aquí de manera excepcional cuando, como es el caso, el tratamiento en este país se financia con dinero público a través del Servicio Nacional de Salud. Además, no sería justo dispensar a los pacientes de SIDA un trato diferente del dispensado a otros pacientes con afecciones médicas...

D solicitó en vano ante el Tribunal Superior una autorización para someter esta decisión a revisión judicial. El tribunal de apelaciones también desestimó la petición, alegando que la decisión del Jefe de la Oficina de Inmigración se hallaba “perfectamente dentro de los límites de su competencia, y por tanto no constituye una decisión en la que el tribunal deba interferir.”

⁴³ Immigration and Nationality Department of the Home Office, Policy Document BDI 3/95 (agosto de 1995), Párr. 5, tal como fue citado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, Párr. 28.

D presentó entonces una solicitud ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que la decisión del Reino Unido de deportarlo incumplía varias disposiciones de la *Convención Europea de Derechos Humanos*. En junio de 1996, la Comisión dictaminó que el caso era admisible, es decir, que procedía adjudicarlo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁴ El Tribunal vio el caso en octubre de 1996 y pronunció la sentencia en mayo de 1997.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

D arguyó que su deportación del Reino Unido a Saint Kitts lo expondría al riesgo de una reducción de su esperanza de vida, y que constituiría un trato inhumano y degradante y una invasión de su integridad física, puesto que padecía la enfermedad del SIDA y en Saint Kitts carecería del tratamiento médico y las condiciones de vida adecuadas. Alegó, por tanto, que de acuerdo con la *Convención Europea de Derechos Humanos*, su deportación constituiría una violación de:

- el derecho a la vida (Artículo 2);
- la prohibición de someter a las personas a un trato inhumano y degradante (Artículo 3); y
- el derecho al respeto de la vida privada (Artículo 8).

La *prohibición de someter a las personas a un trato inhumano y degradante* (Artículo 3) fue el elemento central de la sentencia del Tribunal. D arguyó que su traslado a Saint Kitts lo condenaría a pasar sus últimos días con sufrimiento y en condiciones de aislamiento, miseria e indigencia. El Gobierno del Reino Unido alegó que el demandante no sería sometido a ningún trato que atentara contra las disposiciones de la Convención. El Tribunal resumió el argumento del Reino Unido de la siguiente manera:

Las dificultades y la reducida esperanza de vida derivarían de la enfermedad terminal e incurable así como de las deficiencias del sistema de salud y seguridad social de un país pobre en desarrollo. Se hallaría en la misma situación que otras víctimas del SIDA de Saint Kitts. De hecho, en enero de 1993 habría regresado a Saint Kitts, donde había pasado la mayor parte de su vida, de no haber sido por su enjuiciamiento y su condena. [...] Aunque el tratamiento y la medicación fueran insuficientes respecto a los que actualmente se le administran al demandante en el Reino Unido, esto no constituiría por sí solo un incumplimiento de lo previsto en el Artículo 3.⁴⁵

En su anterior dictamen sobre la admisibilidad del caso, la Comisión Europea había estimado que deportar a D a Saint Kitts implicaría la responsabilidad del Reino Unido de acuerdo con el Artículo 3 de la Convención, si bien el riesgo de ser sometido a un trato inhumano y degradante lo originaban factores de los que no se podía hacer responsables a las autoridades del Reino Unido. El Tribunal adoptó una postura similar. Declaró que el Artículo 3

...encierra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Es precisamente por esta razón que el Tribunal ha insistido constantemente en anteriores resoluciones relacionadas con la extradición, expulsión o deportación de individuos a terceros países en que el Artículo 3 [...] prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o el trato inhumano o degradante, y que sus garantías se aplican independientemente de la naturaleza reprensible de la conducta de la persona en cuestión.⁴⁶

El Tribunal determinó que, puesto que desde 1993 D estaba físicamente presente en el Reino Unido y dentro de su jurisdicción, era obligación del Reino Unido asegurar la observancia de

⁴⁴ Decisión relativa a la admisibilidad de la Solicitud núm. 30240/96 en DG contra el Reino Unido, 26 de junio de 1996.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, Párr. 42-43.

⁴⁶ *Ibíd.*, Párr. 47 [referencias a sentencias previas omitidas].

los derechos del demandante reconocidos en el Artículo 3 con independencia de la gravedad del delito que cometió al introducir drogas de contrabando en el país.

El Tribunal admitió que en sentencias previas únicamente se habían abordado situaciones en las que el riesgo de tortura o tratos inhumanos y degradantes emanaba bien de actos intencionales por parte de las autoridades públicas del país receptor o bien de la incapacidad de las autoridades estatales para proteger a la persona de actores no estatales. Sin embargo, declaró que “debía reservarse flexibilidad suficiente para orientar la aplicación de [el Artículo 3] a otros contextos que pudieran surgir.”⁴⁷ En el caso de D, el Tribunal señaló que:

El demandante se encuentra en la fase avanzada de una enfermedad terminal e incurable. ... La repentina privación de estos servicios [a los que actualmente tiene acceso en el Reino Unido] tendría unas consecuencias drásticas para él. No cabe duda de que su expulsión adelantaría su fallecimiento. [...] A la vista de estas excepcionales circunstancias y teniendo en cuenta la fase crítica que ha alcanzado ya la enfermedad terminal del demandante, la ejecución de la decisión de expulsarlo a Saint Kitts constituiría un trato inhumano, por parte de [el Reino Unido], contrario al Artículo 3. ... El demandante depende de los cuidados médicos y paliativos que está recibiendo en el presente y se encuentra sin lugar a dudas psicológicamente preparado para afrontar la muerte en un entorno que sea familiar y al mismo tiempo humano. Aunque no pueda afirmarse que las condiciones a las que debería hacer frente en el país receptor constituyan por sí mismas un incumplimiento de lo estipulado en el Artículo 3, su expulsión lo expondría a un riesgo real de fallecer en circunstancias particularmente dolorosas y por tanto constituiría un trato inhumano. [E]n las circunstancias especialmente excepcionales de este caso y dadas las imperiosas consideraciones humanitarias en juego, cabe concluir que la ejecución de la decisión de expulsar al demandante constituiría una violación del Artículo 3.

En cuanto al *derecho a la vida* (Artículo 2), el Tribunal coincidió con la Comisión Europea de Derechos Humanos en que no era necesario estudiar los argumentos esgrimidos por D respecto a este artículo, dado que no podían separarse del fundamento de la demanda referida a la prohibición de *trato inhumano o degradante* (Artículo 3). De igual forma, el Tribunal decidió que no procedía analizar el argumento adicional alegado por D de que su deportación a Saint Kitts provocaría un daño a su integridad física que sería también constitutivo de una violación del *derecho al respeto de su vida privada* (Artículo 8).

Comentario

Tal como se desprende de otros casos descritos en la presente publicación, la mayoría de las causas relativas al “acceso al tratamiento” perseguían el objetivo de aplicar directamente las obligaciones del Estado en relación con derechos tales como el derecho a la salud o a la vida. Este caso resulta inusual por el hecho de que el acceso al tratamiento, en forma de medicamentos pero también entendido en un sentido más amplio, se defendió recurriendo al derecho humano de no ser sometido a un trato inhumano o degradante.

Es un logro significativo que una institución judicial como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se mostrara dispuesta a dictaminar que la privación de acceso a la atención médica adecuada, al menos en las fases finales de la enfermedad, podía constituir un trato inhumano y degradante, y de ese modo le diera el alto al Estado a la hora de deportar a las personas que residían ilegalmente en el país. Sin embargo, aunque no lo mencionara de forma explícita, el Tribunal parecía abrigar un cierto temor a abrir las puertas al “turismo médico” o los “refugiados médicos” procedentes de países en desarrollo que quisieran entrar en países más ricos con un sistema sanitario subvencionado con fondos públicos capaz de ofrecer acceso a tratamientos que pueden salvar o alargar la vida. De ahí que el Tribunal pusiera gran empeño en destacar que su fallo estaba en gran medida determinado por

⁴⁷ *Ibíd.*, Párr. 49.

las circunstancias humanitarias de este caso en particular. Por tanto, el caso no sentó un precedente ampliamente aplicable, sino que su aplicabilidad quedó limitada al reducido número de personas cuya situación fuera tan extrema como la del solicitante.

Experiencias posteriores ponen de manifiesto los límites de esta sentencia, pues han llegado ante el tribunal otros casos en los que la defensa se ha intentado basar en este fallo. En dichos casos, sin embargo, no se ha logrado un fallo favorable, lo que demuestra la reticencia del Tribunal a ampliar la aplicabilidad del Artículo 3 de la *Convención* para proteger a personas en condiciones graves de salud de la expulsión a países en desarrollo con acceso limitado a una atención médica adecuada.

En 1998, por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que la deportación de Francia a la República Democrática del Congo (el antiguo Zaire) de una persona infectada por el VIH constituiría una violación del Artículo 3. Para argumentarlo la Comisión alegó que la infección se hallaba ya en una fase avanzada, siendo por tanto necesario ingresar constantemente al paciente en el hospital, y que los establecimientos sanitarios del país de destino eran precarios. El Tribunal, sin embargo, desestimó posteriormente la Sentencia solicitada.⁴⁸ Dos años después, en el caso de una mujer de Zambia que vivía con el VIH y se enfrentaba a su deportación de Suecia⁴⁹, el Tribunal Europeo ratificó su sentencia en el caso de *D contra Reino Unido*, pero procedió a rechazar la demanda de la mujer zambiana sobre los hechos. El Tribunal alegó que: era únicamente VIH-positiva (y no había alcanzado la fase terminal del SIDA); el inicio de la terapia antirretrovírica era todavía muy reciente; según la Embajada Sueca, en Zambia se podía disponer de tratamiento para el SIDA; sus hijos y demás familiares vivían en Zambia. Dadas las circunstancias, el Tribunal no consideró que la expulsión de Suecia constituyera un trato inhumano contrario al Artículo 3 de la Convención.

Más recientemente, en mayo de 2005, la Cámara de los Lores del Reino Unido emitió una resolución en la que establecía una interpretación muy restrictiva de la sentencia del Tribunal Europeo en el caso de *D contra Reino Unido*. En *N (FC) contra Secretario de Estado del Ministerio de Interior*,⁵⁰ la Cámara de los Lores desestimó el recurso de apelación de una orden de deportación interpuesto por una mujer de 30 años que vivía con el VIH, quien arguyó que su expulsión a Uganda, un país donde el acceso a los medicamentos y la atención sanitaria relativa al VIH no estaba garantizado, constituía un incumplimiento de la Convención Europea. En 1998, la apelante había viajado al Reino Unido y había solicitado asilo tras haber sido secuestrada y violada por miembros del Ejército de Resistencia del Señor y de una facción de las fuerzas de seguridad ugandesas. Tras llegar al Reino Unido se le diagnosticó el VIH; gracias a los medicamentos y la atención sanitaria, su situación clínica se estabilizó durante los años que permaneció en el Reino Unido. Finalmente el Secretario de Estado le denegó el asilo, pero un árbitro aprobó la apelación al estimar que su expulsión constituiría una tortura o un trato inhumano o degradante contrario al Artículo 3 de la *Convención Europea*. Al final, la Cámara de los Lores anuló esta decisión y restableció la orden de deportación.

En su sentencia, los Lores pusieron gran empeño en interpretar el fallo del caso *D contra Reino Unido* del modo más restrictivo posible. Comenzaron citando el principio de que los Estados tienen derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de “extranjeros”. No obstante, en el ejercicio de este derecho el Estado no debe violar la prohibición de someter a las personas a tortura o trato cruel, inhumano o degradante, recogida en la *Convención Europea*. Sin embargo, los extranjeros que se enfrentan a su deportación no pueden reivindicar su derecho a permanecer en el Estado para

⁴⁸ *BB contra Francia*, Solicitud núm. 30930/96, Decisión del 9 de marzo de 1998; caso posteriormente sobreesido por el Tribunal el 7 de septiembre de 1998.

⁴⁹ *SCC contra Suecia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso núm. 46553/99, 15 de febrero de 2000, disponible en www.echr.coe.int.

⁵⁰ [2005] UKHL 31, disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/home.pdf.

beneficiarse de la asistencia médica continua u otro tipo de atención. El alcance del Artículo 3 de la *Convención Europea* podría extenderse y abarcar cuestiones médicas y humanitarias únicamente en “circunstancias excepcionales”, como había sido el caso del inminente fallecimiento de *D* en la decisión del Tribunal Europeo de 1997. En el caso de *N*, el tribunal estimó que la demandante gozaba de buena salud y que su fallecimiento no era inminente; por tanto, su situación no podía considerarse “excepcional”. La Cámara de los Lores aprobó la ejecución de la orden de deportación, aunque señaló que el Secretario de Interior tenía potestad para decidir no deportarla a Uganda. Por consiguiente, según la legislación del Reino Unido la disponibilidad de tratamiento y atención médica en el país de origen de un solicitante resulta prácticamente no pertinente en una demanda interpuesta al amparo del Artículo 3 de la *Convención Europea*; únicamente aquéllos que estén enfermos de gravedad serán susceptibles de recibir protección contra la deportación. Sin duda, la Cámara de los Lores albergaba el temor de sentar un precedente que pudiera dar pie a la llegada de “otros enfermos de SIDA extranjeros que aspiraran a disfrutar de estas prestaciones [de tratamiento y seguridad social]” en el Reino Unido.⁵¹

⁵¹ *Ibíd.*, Párr. 92.

Venezuela: la Corte Constitucional ordena al Gobierno la ampliación de medidas destinadas a satisfacer el derecho a medicamentos y tratamiento

Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, Corte Suprema de Venezuela (Sala Político-Administrativa), Sentencia núm. 916, Expediente núm. 15.789 (1999)

Tribunal y fecha del fallo

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela dictó la sentencia el 15 de julio de 1999.⁵²

Partes implicadas

Cerca de 170 personas que vivían con el VIH y necesitaban ser sometidas a tratamiento antirretrovírico y a los reconocimientos médicos correspondientes, todas ellas sin la cobertura del régimen de la “seguridad social” nacional vinculado al empleo, interpusieron una demanda contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Los solicitantes fueron representados por abogados del grupo de defensa de los derechos humanos Acción Ciudadana Contra el SIDA. A la postre, dada la decisión final de la Corte, los beneficiarios *de facto* de la resolución no fueron únicamente los demandantes particulares sino todas las personas que vivían con el VIH residentes en Venezuela.

Sentencia solicitada

Los demandantes interpusieron un recurso de amparo alegando que el Ministerio, al no suministrarles los medicamentos antirretrovíricos que les habían sido prescritos, estaba incurriendo en una violación de su derecho a la vida, a la salud, a la libertad y la seguridad personal, a la igualdad, y al beneficio de la ciencia y la tecnología. Solicitaron una orden judicial que instara al Gobierno a tomar las medidas necesarias para respetar y satisfacer dichos derechos.

Resultado

La Corte Suprema falló a favor de los demandantes. Estableció una serie de medidas concretas que debería seguir el gobierno, que iban más allá del mero suministro de medicamentos, y ordenó, asimismo, al Ministerio que solicitara las asignaciones presupuestarias necesarias. Cabe destacar un hecho importante: la Corte declaró también que la resolución no se limitaba a amparar a los demandantes particulares nombrados en el recurso, sino que debía ser aplicada en beneficio de todos los venezolanos que se hallaran en una situación similar.

Circunstancias y hechos materiales

Los tribunales venezolanos, y entre ellos el más alto tribunal del país, habían reconocido en repetidas ocasiones que el Gobierno tenía el deber de tomar medidas activas para asegurar el acceso de

⁵² *Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Expediente núm. 15.789, Sentencia núm. 916 (15 de julio de 1999).

las personas que viven con el VIH a medicamentos antirretrovíricos, a fármacos para el tratamiento de infecciones oportunistas y a los análisis de laboratorio específicos que resultan necesarios para tratar con eficacia la infección por el VIH y las infecciones oportunistas. Los tribunales fundamentaban este deber en el derecho a la vida, a la salud, y al beneficio de los avances científicos.⁵³

La sentencia de este caso, *Cruz Bermúdez*, venía precedida por una serie de casos importantes que allanaron el terreno a este fallo de gran trascendencia y repercusión promulgado por la Corte Suprema.

En mayo de 1997, un tribunal judicial reconoció el derecho de los beneficiarios de la seguridad social al suministro ininterrumpido de antirretrovíricos (incluidos los inhibidores de la proteasa), y ordenó al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a proporcionar dicho tratamiento a las personas con el VIH/SIDA afiliadas.⁵⁴

Más tarde, ese mismo año, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales negoció un acuerdo en un caso llevado a los tribunales por más de 300 personas con el VIH que reunían los requisitos exigidos para obtener cobertura de la “seguridad social”, y accedió a atender los gastos médicos derivados del tratamiento del VIH.⁵⁵

En agosto de 1998, en el caso de *NA contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, la Corte Suprema falló en contra del Ministerio de Sanidad por no asegurar la cobertura de los medicamentos para el VIH y el SIDA a través del sistema público de atención sanitaria. Este sistema constituye el último recurso, ya que proporciona atención a aquellos que no cumplen los requisitos exigidos para disfrutar de la cobertura del programa nacional de “seguridad social” gestionado por el Instituto Venezolano de Seguros Sociales, que está vinculado a un régimen de cotización basado en los ingresos laborales. En el caso *NA*, la Corte ordenó el suministro de los medicamentos.⁵⁶

La decisión en el caso *Cruz Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social* estaba basada en estos precedentes, pero fue particularmente relevante por la sentencia que pronunció la Corte Suprema. En *Cruz Bermúdez*, la Corte Suprema tenía entre manos el mismo asunto que en el caso *NA* del año anterior: la cuestión de si el sistema público de atención sanitaria estaba obligado a suministrar medicamentos antirretrovíricos a los que no tenían cobertura de la “seguridad social”.

Los solicitantes basaron la demanda en cinco disposiciones sobre derechos humanos reconocidas en la legislación internacional y en las leyes venezolanas. Arguyeron que el sistema público de salud, al no suministrar los fármacos necesarios a las personas que no cumplían los requisitos para acceder a las prestaciones de seguridad social del Instituto Venezolano de Seguros Sociales, incurría en una violación de sus derechos a:

- la vida;
- la salud;
- la libertad y la seguridad personal;
- la no discriminación; y
- el acceso al beneficio de la ciencia y la tecnología.

⁵³ Para un análisis más detallado, véase: Mary Ann Torres. The Human Right to Health, National Courts and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela. *Chicago Journal of International Law* 2002; 3(1): 105.

⁵⁴ Edgar Carrasco. Acción Ciudadana Contra el SIDA (ACCSI), Venezuela. “Derechos Humanos y el Acceso a Antirretrovirales en América Latina y el Caribe,” enero de 2001, p. 5.

⁵⁵ Mary Ann Torres. Access to Treatment as a Human Right: A Discussion of the Aspects of the Right to Health under National and International Law in Venezuela. LL.M. Thesis, University of Toronto Faculty of Law, 2000 (en archivo).

⁵⁶ *NA y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Expediente núm. 14.625, Corte Suprema de Justicia de Venezuela, 14 de agosto de 1998.

La Corte desestimó el alegato en el que se invocaban la libertad y la seguridad personal, así como el argumento sobre los derechos a la igualdad, para lo cual citó su sentencia previa basada en argumentos similares en el caso de *NA* contra *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social* en 1998 (mencionado anteriormente). La Corte se reafirmó en su postura de que la libertad personal contra la que protege la Constitución debe entenderse como “libertad física”, es decir, como una protección contra la detención o el confinamiento arbitrarios, y no puede extenderse hasta el grado de obligar al Gobierno a asegurar el acceso a la atención sanitaria. La Corte interpretó de forma igualmente restrictiva la “seguridad personal”, alegando que no apreciaba nada en la conducta del Gobierno que afectara a este derecho. La conducta del Gobierno tampoco podía considerarse constitutiva de tortura o de trato inhumano o degradante, tal como se definen estos términos en la *Convención contra la Tortura*, pues no había intención de causar sufrimiento o infligir daño a las personas que vivían con el VIH, ni tampoco de atentar contra su dignidad. La Corte rechazó asimismo el alegato de los solicitantes basado en la no discriminación. Al igual que en su anterior sentencia de 1998, la Corte declaró que el sistema sanitario en su conjunto padecía carencias de recursos y no se había demostrado que las personas que vivían con el VIH estuvieran recibiendo un trato diferente del que se dispensaba a pacientes con otras dolencias.

Sin embargo, la Corte falló a favor de los demandantes basando su decisión en los derechos, estrechamente relacionados a la vida, a la salud, y al beneficio de la ciencia y la tecnología, reafirmando en el enfoque aplicado en el caso de 1998. Declaró que el derecho a la vida es un “derecho positivo” y, por tanto, el Estado debe crear políticas de salud pública destinadas a garantizar este derecho, y ello incluye medidas de prevención y tratamiento del VIH:

Creemos que todos los ciudadanos —y los actores en el caso de autos— tienen derecho a la protección de la salud y el correlativo deber del Estado de velar por que ese derecho se realice efectivamente, sobre todo en el caso de aquéllos que carezcan de medios suficientes para pagarse la atención de salud.⁵⁷

El Ministerio no negó el hecho de que las personas que vivían con el VIH no estaban recibiendo los medicamentos que les prescribían sus médicos, pero arguyó que debido al costo “resulta evidente no podremos satisfacer todas las necesidades de los pacientes con VIH/SIDA”⁵⁸. La Corte reconoció la existencia del problema, pero así y todo rehusó aceptar esa causa como justificación suficiente de la violación de los derechos de los demandantes. Como medida de solución, la Corte Suprema ordenó al Ministerio que solicitara las asignaciones presupuestarias necesarias para cumplir sus obligaciones jurídicas según lo dispuesto en la sentencia. También procedió a ordenar que, para todos los ciudadanos venezolanos y residentes en el país, el Ministerio debía:

- suministrar regularmente los medicamentos de acuerdo a las prescripciones médicas y tomar las medidas necesarias para asegurar un suministro ininterrumpido;
- proporcionar cobertura de todos los análisis y pruebas necesarias previas a la administración de medicamentos antirretrovíricos y el tratamiento de infecciones oportunistas;
- suministrar los medicamentos necesarios para el tratamiento de las infecciones oportunistas;
- elaborar una política de información, tratamiento y asistencia médica integral para las personas que viven con el VIH o con SIDA y que cumplan los requisitos exigidos para la recepción de asistencia social; y

⁵⁷ *Ibíd.*, según la traducción de Mary Ann Torres y la reproducción que aparece en: David P. Fidler. *International Law and Public Health: Materials on and Analysis of Global Health Jurisprudence*. Transnational Publishers: Ardsley, Nueva York, 2000, p. 321.

⁵⁸ *Ibíd.*

- emprender un estudio sobre el VIH y el SIDA en Venezuela con el fin de desarrollar programas e infraestructuras destinados a prevenir la transmisión del VIH y proporcionar asistencia a los infectados.

Comentario

Este caso tuvo lugar tras repetidas acciones emprendidas contra el Estado por no incluir los medicamentos que precisaban las personas que viven con el VIH en los programas de prestaciones. Teniendo en cuenta los precedentes, en *Cruz Bermúdez* la Corte decidió que la resolución de este recurso de amparo no podía limitarse únicamente a resolver la situación de los demandantes en el caso particular, sino que debía ampliarse para beneficio de todos aquellos que se hallaran en una situación similar, tal como declaró. En este sentido, el caso no sólo supuso una victoria para las personas que viven con el VIH, sino que además sentó un importante precedente en el derecho venezolano para la protección de los derechos constitucionales en general. El enfoque de la Corte aparentemente refleja la frustración de haber tenido que abordar los mismos asuntos una y otra vez en las diferentes demandas particulares, y la decisión de pronunciar una sentencia proactiva que prevenga los problemas y establezca con claridad el alcance de las acciones exigidas al Estado para que responda adecuadamente a las necesidades de tratamiento de las personas que viven con el VIH.

Si bien la sentencia del caso *Cruz Bermúdez* fue un importante hito a este respecto, por desgracia el posterior desarrollo de los hechos demuestra que las victorias judiciales obtenidas a través de litigios no se traducen automáticamente en beneficios concretos para las personas cuyos derechos están en juego, pues la aplicación de las obligaciones gubernamentales establecidas por orden judicial puede ser deficiente.⁵⁹ De ahí que los activistas acudieran de nuevo a los tribunales para obligar al Gobierno a cumplir las resoluciones ratificadas ya por la Corte.

En abril de 2001, por ejemplo, la Corte Suprema emitió otro fallo, en el caso de *López y otros contra Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*⁶⁰. En este caso, 29 personas que vivían con el VIH presentaron otro recurso de amparo contra el Instituto Venezolano de Seguros Sociales alegando que la institución no les había suministrado los medicamentos antirretrovíricos prescritos por los médicos especialistas, que no les había suministrado dichos medicamentos con la regularidad prescrita por los especialistas y/o que les había suministrado únicamente los inhibidores de la transcriptasa y no los inhibidores de la proteasa necesarios para la eficacia de la terapia de combinación. Asimismo, alegaron que el Instituto no les había pagado las pensiones de invalidez a las que tenían derecho, lo cual había derivado en graves consecuencias para su salud física y psicológica, así como para la salud y el bienestar económico de sus familiares, algunos de los cuales eran también VIH-positivos. Finalmente, alegaron que el Instituto se había negado a satisfacer los costos de las pruebas de laboratorio especializadas (tales como el recuento de linfocitos o la carga vírica) necesarias para una adecuada administración de la terapia de combinación.

Como ya sucediera en casos anteriores, los demandantes se acogieron a una serie de derechos humanos consagrados en la Constitución venezolana y en la legislación internacional (por ejemplo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*). Arguyeron que la privación de tratamiento continuo y regular provoca el deterioro del sistema inmunitario, resistencia vírica a los fármacos, infecciones oportunistas, sufrimiento psicológico y, por último, la muerte, lo cual vulnera los derechos a la vida, a la salud y a la libertad y la seguridad personal. Asimismo,

⁵⁹ Un caso similar puede verse en el análisis que aparece a continuación sobre los múltiples ejemplos de procesos judiciales emprendidos en la Argentina por activistas para luchar por un acceso eficaz e ininterrumpido al tratamiento antirretrovírico adecuado.

⁶⁰ *López y otros contra Instituto Venezolano de Seguros Sociales*, Corte Suprema de Venezuela (Sala Constitucional), Sentencia núm. 487-060401 (6 de abril de 2001).

alegaron que el Instituto Venezolano de Seguros Sociales había violado su derecho a la seguridad social al negarles el acceso a los servicios de asistencia sanitaria requeridos a través del programa. Por último, expusieron que el Instituto Venezolano de Seguros Sociales había conculcado su derecho al beneficio del progreso científico y sus aplicaciones —que alegaron era un derecho inherente a la persona humana (aunque no figurara expresamente en la Constitución) reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 15)— al no proporcionarles los medicamentos ni las pruebas de laboratorio necesarias para administrar un tratamiento eficaz a las personas que viven con el VIH (por ejemplo, ELISA, Western blot, carga vírica, pruebas necesarias para el tratamiento de infecciones oportunistas).

La Corte Suprema ratificó que el Instituto Venezolano de Seguros Sociales había vulnerado los derechos humanos de los demandantes y, como en el caso anterior de *Cruz Bermúdez*, también hizo extensiva la resolución del recurso de *amparo* a fin de proteger a todas las personas que vivían con el VIH que reunieran los requisitos para recibir cobertura del Instituto Venezolano de Seguros Sociales. La Corte ordenó al Instituto Venezolano de Seguros Sociales que:

- suministrara inhibidores de la transcriptasa y de la proteasa a los pacientes de acuerdo con lo prescrito por los especialistas médicos;
- cubriera los gastos de las pruebas específicas necesarias para administrar la terapia anti-retrovírica de combinación (tales como la prueba de carga vírica) así como otras pruebas específicas, razonablemente disponibles en el país, necesarias para el tratamiento del VIH y el SIDA y de infecciones oportunistas; y
- suministrara los fármacos necesarios para el tratamiento de infecciones oportunistas.

Aludiendo a las palabras consignadas en la Constitución nacional (Artículo 83), la Corte concluyó que el derecho a la salud estaba constitucionalizado como un derecho social fundamental, y no simplemente como un objetivo del Estado. La Corte resolvió que no suministrar de forma ininterrumpida los fármacos necesarios y no cubrir las pruebas específicas de laboratorio necesarias para la administración de medicamentos antirretrovíricos y el tratamiento de infecciones oportunistas constituía una violación del derecho a la salud de los demandantes y una amenaza para su derecho a la vida, al beneficio de la ciencia y la tecnología, y a la seguridad social.

Entre las sentencias de *Cruz Bermúdez* y *López*, quedó definitivamente establecido en la ley venezolana que tanto el programa nacional de seguridad social (que proporciona cobertura sanitaria a los afiliados que contribuyen mediante cotización) como el sistema de salud pública general (para los que no entran en el programa anterior) deben incluir la cobertura de las necesidades relativas al tratamiento de las personas que viven con el VIH. No obstante, dicho tratamiento no siempre ha sido accesible o adecuadamente financiado o suministrado. Si bien ha quedado demostrado que la vía judicial constituye un instrumento importante y necesario para avanzar en materia de derechos humanos, no cabe duda de que por sí solo no es suficiente.

El Salvador: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dicta por primera vez la sentencia de que el Estado debe suministrar tratamiento antirretrovírico

Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 29/01, Caso núm. 12.249 (2001)

Tribunal y fecha del fallo

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó una orden transitoria el 29 de febrero de 2000. Pronunció su decisión sobre la admisibilidad de la demanda el 7 de marzo de 2001.⁶¹

Partes implicadas

Jorge Odir Miranda Cortez, presidente de Atlacatl (la asociación salvadoreña de personas que viven con el VIH) y otras 26 personas que vivían con el VIH presentaron una petición alegando que el Gobierno de El Salvador había violado los derechos que les reconocía la *Convención Americana de Derechos Humanos* al no proporcionarles la terapia antirretrovírica necesaria para prevenir su fallecimiento y mejorar su calidad de vida. Las partes estaban asistidas por activistas de la Asociación de Derechos Humanos Agua Buena (de Costa Rica) y la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho.

Sentencia solicitada

Los demandantes solicitaron una sentencia de medidas cautelares a la Comisión destinadas a prevenir o subsanar la violación de derechos humanos obligando al Gobierno de El Salvador a proporcionar medicamentos antirretrovíricos a las personas que vivían con el VIH de forma transitoria mientras la Comisión investigaba y evaluaba los fundamentos de derecho de la demanda.

Resultado

Sin prejuzgar los fundamentos de derecho del caso, la Comisión concedió la orden de medidas cautelares y solicitó al Gobierno que suministrara fármacos antirretrovíricos y la atención sanitaria que fuera necesaria a los 27 solicitantes hasta que se determinaran las bases jurídicas de su demanda (que, en aquel momento, estaba pendiente ante la Corte Suprema de El Salvador). Posteriormente, promulgó también la decisión de que la demanda era admisible a trámite ante la Comisión, el paso previo a la consideración de los fundamentos de derecho de la petición.⁶²

⁶¹ El texto completo del fallo dictado por la Comisión Interamericana puede consultarse en: www.cidh.org/annualrep/2000eng/chapteriii/admissible/elsalvador12.249.htm.

⁶² En último término, si la Comisión declara admisible la petición, procederá a investigar y evaluar los fundamentos de derecho del caso, y posteriormente elaborará un informe con recomendaciones, el cual es entregado de forma privada al Estado en cuestión con un plazo estipulado para el cumplimiento efectivo de dichas recomendaciones. Si el Estado no las cumple dentro del plazo otorgado, la Comisión puede elaborar un segundo informe que en esa ocasión podría hacer público, o puede optar por derivar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para más información sobre la Comisión, véase www.cidh.oas.org, y para información sobre la Corte, véase www.corteidh.or.ca.

Circunstancias y hechos materiales

En el momento en que el caso fue llevado a los tribunales, se estimaba que había como mínimo 1.500 salvadoreños viviendo con el VIH, la mayoría de los cuales no tenía acceso a tratamiento antirretrovírico y sólo una minoría cumplía los requisitos para obtener las prestaciones del sistema público de seguridad social, el cual no estaba proporcionando acceso a dicho tratamiento. Los solicitantes habían presentado previamente un recurso de *amparo*⁶³ en los tribunales de El Salvador. A pesar de que la Corte Suprema (Sala Constitucional) había admitido a trámite la petición en junio de 1999, se demoró en su pronunciamiento respecto a las bases de la acción. Este retraso frustró los esfuerzos de los solicitantes por lograr una resolución al amparo de la legislación nacional; de ahí que recurrieran a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para presentar su petición.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Los solicitantes arguyeron que el Estado de El Salvador había violado, y continuaba violando, sus derechos a la vida, a un trato humano, a una protección igualitaria ante la ley y a la protección judicial, así como sus derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos todos ellos en la *Convención Americana de Derechos Humanos*. Asimismo, alegaron la violación del *Protocolo de San Salvador* de 1988, que complementa la *Convención*. El Artículo 10 del *Protocolo* garantiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y exige a los Estados signatarios que emprendan una serie de medidas para satisfacer dicho derecho. Por último, invocaron las disposiciones de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y otros instrumentos de derechos humanos. La base principal de la demanda la constituía el argumento de que el Estado no les estaba proporcionando la terapia antirretrovírica de combinación necesaria para prevenir su fallecimiento y mejorar su calidad de vida. Asimismo, alegaron que, al no proporcionar el tratamiento necesario, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social incurría en un acto de discriminación contra ellos motivado por su condición de portadores del VIH.

En enero de 2000, los activistas informaron a la Comisión de que 10 de los 36 miembros que formaban el grupo que inicialmente llevó el caso ante los tribunales de El Salvador habían fallecido durante el periodo que el tribunal había retrasado la pronunciación de la sentencia. El 29 de febrero de 2000, como medida cautelar, la Comisión Interamericana ordenó al Gobierno salvadoreño:

...brindar la atención médica que permita la protección de la vida y la salud de Jorge Odir Miranda Cortez y de los otros 25 [peticionarios] En particular, la Comisión solicita que su Ilustre Gobierno suministre el tratamiento y los medicamentos antirretrovíricos necesarios para evitar la muerte de las personas mencionadas, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes que permitan fortalecer su sistema inmunitario, e impedir el desarrollo de enfermedades o infecciones.⁶⁴

La orden tenía una validez de seis meses durante los cuales el proceso jurídico seguiría su curso ante la Comisión (pero dada la fecha de la decisión final de la Comisión, es probable que posteriormente fuera prorrogada). Tras pormenorizados informes y análisis, el 7 de marzo de 2001 la

⁶³ El recurso de *amparo* es una solución jurídica prevista en algunos sistemas jurídicos de América Latina que, en un sistema de derecho consuetudinario, podría describirse como un "requerimiento constitucional", es decir, un requerimiento obtenido con carácter urgente para reparar una inobservancia de los derechos constitucionales o, en el caso de que fuera inminente, prevenirla. Es similar a un procedimiento de habeas corpus, pero su aplicación no queda limitada únicamente a cuestionar la legalidad de la detención o el ingreso en prisión de una persona.

⁶⁴ Atlacatl & Asociación Agua Buena. "Inter-American Human Rights Commission Orders El Salvador to Provide Antiretroviral Therapy" [media release], 1 de marzo de 2000; R Stern. "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ordena a El Salvador Que Suministre Medicamentos Contra el HIV." Artículos, Agua Buena Asociación, 1 de marzo de 2000, disponible en: www.aguabuena.org/articulos/salvador.html.

Comisión declaró el caso admisible, advirtiendo que habían transcurrido casi dos años desde que la Corte Suprema salvadoreña había recibido la petición y todavía no se había pronunciado.

Poco tiempo después, en abril de 2001, presumiblemente a raíz de las críticas vertidas por la Comisión Interamericana, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador dictó una sentencia sobre el recurso de amparo de Miranda, basado en los alegatos del derecho a la vida y a la salud, y ordenó al Instituto Salvadoreño del Seguro Social que le suministrara terapia antirretrovírica. La petición presentada ante la Comisión Interamericana se consideró dudosa y no llegó a una vista sobre los fundamentos del caso.

Comentario

Aparentemente, el fallo pronunciado por la Corte Suprema de El Salvador en abril de 2001 fue, al menos en parte, resultado de la presión ejercida por la decisión que el mes anterior había adoptado la Comisión Interamericana. En este sentido, el hecho de que los activistas recurrieran a la vía judicial y lo hicieran ante un tribunal internacional de derechos humanos fue positivo para la agilización de una demanda sobre derechos humanos ya existente. Cabe destacar también que los fallos de la Comisión y de la Corte Suprema nacional influyeron sin duda en la “ley del VIH” que El Salvador introdujo posteriormente aquel mismo año. Si bien varias disposiciones de la legislación parecen incumplir una serie de derechos humanos, en la *Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana* se ratificó el derecho de toda persona que viva con el VIH y con SIDA a “asistencia sanitaria, tratamiento médico, quirúrgico y psicológico”, así como a asesoramiento y “medidas preventivas que impidan la progresión de la infección.”⁶⁵

Además de servir para avanzar en materia de derechos humanos en El Salvador, este caso fue especialmente importante porque constituyó la primera sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se detallaba la cuestión del acceso a los fármacos y el derecho humano a la salud conforme a los instrumentos del sistema de derechos humanos interamericano. Como tal, contribuyó a impulsar el activismo relativo al tratamiento en toda la región, complementando casos destacados que estaban siendo tramitados por diferentes tribunales nacionales. Ha habido una serie de casos anteriores en los que el derecho a la salud ha sido estudiado por la Comisión, pero en dichos casos el derecho a la salud, y el asunto concreto del acceso a los medicamentos, ha constituido sólo uno de los muchos argumentos para considerar por la Comisión y el asunto ha sido tratado por encima.⁶⁶

La sentencia de *Odir Miranda y otros* fue el primer caso sobre el acceso a los medicamentos necesarios para tratar a las personas que viven con el VIH que llegó ante un mecanismo de derechos humanos regional. Como tal, la decisión en que la Comisión Interamericana determinó que el caso era admisible y la orden de carácter transitorio mediante la cual otorgó medidas cautelares antes incluso de examinar los fundamentos de derecho del caso, sentaron un precedente tan positivo como importante.

⁶⁵ *Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana* (Decreto núm. 588, 24 de octubre de 2001), Artículo 5(a).

⁶⁶ Véase también el caso de la Tribu Aché (1977): Caso 1802—Paraguay, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1977, 20 de abril de 1978, OEA/Ser.L/V/II.43; el caso de los indios Yanomami (1985): Resolución núm. 12/85, Caso 7615—Brasil, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1984-1985, 5 de marzo de 1985, OEA/Ser.L/V/II.66; y los casos de Cuba (1982)—*Valladares contra Gobierno de Cuba*, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1981-1982, OEA/Ser.L/V/II.57 (Doc 6, rev 1); *Alemany Peláez y otros contra Cuba*, Caso 4677—Cuba (1981), en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1981-1982, OEA/Ser.L/V/II.54 (Doc 9, rev 1); *Capote Rodríguez et al contra Cuba*, Caso 4429—Cuba (1981); *Presos políticos de la Prisión Combinado del Este contra Cuba*, Caso 4402—Cuba (1981), en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1980-1981, OEA/Ser.L/V/II.54 (Doc 9, rev 1).

Sudáfrica: la intervención del grupo activista de lucha contra el SIDA impulsa el análisis de las patentes desde los derechos humanos y defiende la ley de fármacos asequibles

Asociación de Fabricantes Farmacéuticos y otros 41 contra Presidente de Sudáfrica y otros 9, Tribunal Superior de Sudáfrica, Sala Provincial Transvaal, caso núm. 4183/98 (2001)

Tribunal y fecha del fallo

Inicialmente estaba previsto que el Tribunal Superior dictara el fallo el 18 de abril de 2001. Al comienzo de la sesión, las partes implicadas anunciaron que estaban a punto de alcanzar un acuerdo y solicitaron una reunión en privado con el juez que presidía la sala. Tras la reunión, el tribunal aplazó la celebración de la vista hasta el día siguiente. El 19 de abril de 2001, las partes comunicaron al tribunal que habían alcanzado un acuerdo.

Partes implicadas

La parte demandante era la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos de Sudáfrica (una asociación de industrias que representaba a las compañías farmacéuticas titulares de las patentes, en buena parte multinacionales por el alcance de sus operaciones), y 38 empresas farmacéuticas. El demandado *de facto* era el Gobierno de la República de Sudáfrica; los demandados nombrados en el caso eran el presidente Nelson Mandela (fuera del Gobierno en el momento en que se llegó al acuerdo), el ministro de Sanidad nacional, el portavoz de la Asamblea Nacional, el director de Patentes, el presidente del Consejo de Control de Medicamentos, y el primer ministro y ministro de Sanidad de la provincia de Gauteng. La Campaña de Acción pro Tratamiento, impulsada por un grupo de la sociedad civil dedicado a la lucha por el acceso al tratamiento y a la atención sanitaria de las personas que viven con el VIH, solicitó y le fue otorgado el reconocimiento de *amicus curiae* que le permitió intervenir en el proceso.⁶⁷

Sentencia solicitada

Los demandantes solicitaron una sentencia en la que se dictara que determinadas enmiendas a la legislación sudafricana que regulaba los medicamentos, y en concreto determinadas disposiciones relativas a las patentes farmacéuticas y a los precios, eran inconstitucionales y contrarias a las obligaciones de Sudáfrica estipuladas por las leyes internacionales (tales como el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, de la OMC) y que, por consiguiente, no tenían validez. La Campaña de Acción pro Tratamiento solicitó la defensa de la legislación como un instrumento válido que estaba en consonancia con las obligaciones constitucionales

⁶⁷ Para consultar un análisis más detallado sobre el caso de uno de los activistas clave implicados en el diseño de la estrategia jurídica y política, véase: M Heywood. Debunking "Conglomo-talk": A Case Study of the *Amicus Curiae* as an Instrument for Advocacy, Investigation and Mobilization. *Law, Democracy & Development* 2002; 2: 133-162. Este artículo y muchos otros documentos de la Campaña de Acción pro Tratamiento relacionados con el caso pueden consultarse también en la página web de Treatment Action Campaign www.tacontra.org.za (en la sección "Documents" bajo el epígrafe "Medicines Act Course Case"). Las observaciones aquí expuestas están basadas en gran medida en el análisis de Heywood.

del Gobierno y reflejaba, asimismo, las obligaciones previstas en la legislación internacional referente a los derechos humanos.

Resultado

Finalmente el caso se resolvió mediante el acuerdo alcanzado entre la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos y el Gobierno sudafricano. (La Campaña de Acción pro Tratamiento no era parte litigante del proceso, sino interventora, y como tal no formó parte del acuerdo.) En el acuerdo, la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos convino en retirar la demanda y el Gobierno reiteró su intención de cumplir las obligaciones estipuladas en el Acuerdo de la OMCONTRA (El Gobierno había insistido en que la legislación cuestionada por la parte demandante estaba en concordancia con el Acuerdo de la OMC, respecto al cual existía el consenso casi universal de todos los observadores informados; el acuerdo, por tanto, se tradujo fundamentalmente en la simple retirada de la demanda por parte del demandante.) El Gobierno se comprometió asimismo a consultar a la industria farmacéutica y sus patentes a la hora de redactar el anteproyecto de las regulaciones que se elaborarían en conformidad con la Ley cuando ésta entrara en vigor, un procedimiento que en cualquier caso habría sido el habitual.

Circunstancias y hechos materiales

En el decenio de 1990, en cumplimiento de las obligaciones previstas en la nueva Constitución posterior a la *apartheid* de Sudáfrica, el Gobierno había adoptado una serie de medidas relacionadas con la salud y las políticas farmacéuticas destinadas a mejorar el acceso a los servicios sanitarios y a asegurar un acceso más equitativo a los mismos.

El 31 de octubre de 1997, la Asamblea Nacional aprobó la Reforma a la Ley de Control de Medicamentos y Sustancias Afines, núm. 90 de 1997 (denominada generalmente la “Ley de medicamentos”). La reforma de la ley fue aprobada por las provincias y firmada por el presidente Nelson Mandela en noviembre de 1997. Como su propio nombre indica, este instrumento jurídico modificaba la Ley de Control de Medicamentos y Sustancias Afines de 1965 para introducir una serie de medidas destinadas a aumentar la accesibilidad financiera de los medicamentos.

Las compañías farmacéuticas titulares de las patentes se opusieron frontalmente a algunos aspectos de la ley. El 18 de febrero de 1998, la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos y 40 compañías multinacionales de medicamentos presentaron ante el Tribunal Superior de Pretoria una propuesta de moción y una declaración jurada explicando los motivos de la demanda. Los demandantes solicitaban una resolución judicial en la que se declararan inconstitucionales determinadas secciones de la ley, para lo cual se basaban en que dichas secciones vulneraban los derechos de la propiedad reconocidos en la Constitución. También solicitaron una orden cautelar que prohibiera al presidente y al ministro de Sanidad la aplicación de dichas secciones. Como consecuencia del proceso judicial y de otros muchos acontecimientos, la entrada en vigor de la ley se retrasó varios años. Los solicitantes no siguieron adelante inmediatamente con el proceso judicial, sino que se dedicaron a ejercer presión política para bloquear la entrada en vigor de la legislación. El caso atrajo cada vez más atención, no sólo en Sudáfrica, sino en todo el mundo.⁶⁸

En los meses siguientes a la presentación de la solicitud ante el tribunal, la industria farmacéutica presionó con éxito para que el representante de Comercio de los Estados Unidos incluyera a Sudáfrica en la lista anual que el Gobierno estadounidense elabora con los países que, según su criterio,

⁶⁸ Véase: A Gray A et al. *Analysis of the Drug Policy Process in South Africa, 1989-2000*. Center for Health Policy University of the Witwatersrand, mayo de 2001; P Bond. Globalization, Pharmaceutical Pricing and South African Health Policy: Managing Confrontation with US Firms and Politicians. *International Journal of Health Services*, 1999; 4: 765-792.

no protegen correctamente la propiedad intelectual de las empresas estadounidenses, motivo por el cual pueden llegar a sufrir represalias comerciales. Este movimiento suscitó enérgicas y persistentes críticas entre los activistas de la lucha contra el VIH y el SIDA, y especialmente en los Estados Unidos, donde aquellos siguieron con tenacidad los pasos del vicepresidente de los Estados Unidos a lo largo de la campaña electoral del siguiente año y vertieron críticas sobre su administración por amenazar a Sudáfrica a causa de una ley que pretendía ampliar el acceso a los medicamentos en un país azotado por una epidemia del VIH cada vez más generalizada. En respuesta a la presión de los activistas, el entonces presidente de los Estados Unidos Bill Clinton firmó una “orden ejecutiva” reconociendo los derechos de los países africanos a promulgar leyes, sin que interfirieran los Estados Unidos, en conformidad con el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* de la OMC y destinadas a mejorar el acceso a los medicamentos.

En esa misma época, el 10 de diciembre de 1998 (el Día Internacional de los Derechos Humanos) se lanzó la Campaña de Acción pro Tratamiento. Durante los siguientes años, la Campaña organizó numerosas manifestaciones exigiendo a los solicitantes la retirada de la demanda, mientras simultáneamente estrechaban lazos con activistas que luchaban por el acceso al tratamiento en lugares de todo el mundo. Esa colaboración fue esencial para las movilizaciones que se produjeron en 2001, cuando finalmente el asunto llegó hasta los tribunales.

En 2000, con el objetivo de fomentar la sensibilización sobre el obstáculo que suponían las patentes y los precios a la hora de obtener medicamentos más asequibles para los sudafricanos que vivían con el VIH, la Campaña de Acción pro Tratamiento emprendió una campaña dirigida exclusivamente a este fin en la que desafió a Pfizer Inc. a reducir el precio del fármaco antimicótico fluconazol (bajo patente en Sudáfrica y comercializado con el nombre de Diflucan). La Campaña de Acción pro Tratamiento se convirtió en el centro de atención cuando su presidente importó ilegalmente 5.000 comprimidos de fluconazol genérico y bioequivalente de un fabricante tailandés que las vendía por una pequeña fracción del precio al que las comercializaba Pfizer en Sudáfrica. La Campaña de Acción pro Tratamiento convocó una rueda de prensa para anunciar que se trataba del principio de una “campaña de desafío” contra la industria farmacéutica, a la que acusó de abusar de las patentes al imponer precios excesivamente elevados. La Campaña de Acción pro Tratamiento invitó a la industria farmacéutica y al Gobierno a emprender acciones judiciales contra ellos por haber infringido las leyes de patentes. Estas tácticas, junto a la atención que lograron atraer, contribuyeron a centrar las miradas en el asunto de las patentes de los medicamentos y su influencia en el acceso a los medicamentos asequibles en Sudáfrica, lo que a su vez preparó el terreno para el posterior enfrentamiento sobre la demanda pendiente de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos contra las enmiendas a la Ley de Medicamentos. Sin embargo, la presión ejercida por la Campaña de Acción pro Tratamiento a través de la campaña de desafío tuvo un efecto más inmediato aún, pues desempeñó un papel esencial en la decisión final de Pfizer de donar Diflucan al sector público del sistema sanitario sudafricano para las personas con determinadas infecciones oportunistas relacionadas con el SIDA.

Entretanto, el proceso judicial emprendido por la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos estaba paralizado desde 1998, al igual que todas las acciones del Gobierno para la entrada en vigor de las enmiendas a la Ley de Medicamentos. El Gobierno, carente de capacidad para responder con celeridad a la petición de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos, solicitaba aplazamientos. En consecuencia, la legislación promulgada por la Asamblea Nacional y aprobada como ley por el presidente no entró en vigor.

El 10 de noviembre de 2000, la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos finalmente señaló la fecha de la vista, que quedó fijada para marzo de 2001. El 11 de enero de 2001, un representante de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos comunicó las fechas a la Campaña de Acción pro Tratamiento. La Campaña decidió solicitar permiso al Tribunal para intervenir en calidad de *amicus curiae* y presentar los argumentos basados en los derechos humanos y constitucionales de los suda-

fricanos VIH-positivos, derechos que estaban siendo socavados por la incapacidad para aplicar las medidas legislativas destinadas a reducir el precio de los medicamentos. A fin de atraer la atención internacional sobre el asunto y de centrar las miradas en las fechas de la vista en las que la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos tenía la intención de presentar sus alegatos para bloquear las leyes, la Campaña celebró una rueda de prensa el 16 de enero de 2001 y anunció que solicitaría su intervención en el juicio. Asimismo, lanzó una campaña internacional instando a la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos a retirar su petición. El 6 de marzo de 2001, un día después de que varias ciudades de todo el mundo acogieran ruedas de prensa y manifestaciones contra las empresas farmacéuticas, el Tribunal Superior otorgó el permiso a la Campaña para comparecer como “amigo del tribunal”. El Tribunal pospuso la vista hasta el 18 de abril de 2001 a fin de conceder tiempo suficiente a la Campaña para presentar los alegatos y demás material relacionado, y a la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos y al Gobierno para presentar sus respectivas respuestas.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Demandas de las compañías farmacéuticas en referencia a la ley

La Asociación de Fabricantes Farmacéuticos alegó deficiencias legales en casi todas las partes de la ley. No obstante, al final, el foco del debate se centró en cuatro medidas clave destinadas a hacer los medicamentos más asequibles.

En primer lugar, se trató a fondo la cuestión de las *licencias obligatorias*, la práctica de anular una patente para concederle a quien no es titular de la misma (por ejemplo, a una empresa de medicamentos genéricos), la autorización legal para fabricar o importar el medicamento patentado sin que ello constituya una violación de la patente. Es importante remarcar, contrariamente a lo que hizo la mayoría de los medios de comunicación que cubrieron la noticia, que la cuestión de las licencias obligatorias no fue planteada a raíz de la promulgación de esa ley. Es más, la Ley de patentes ya incluía disposiciones sobre las licencias obligatorias de medicamentos patentados. De modo que éste no fue un aspecto nuevo introducido en la legislación sudafricana por las reformas a la *Ley de medicamentos*, ni tampoco constituyó base alguna de la demanda de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos en el proceso. Sin embargo, como cabía esperar, el debate político sobre las patentes y el acceso a medicamentos genéricos más baratos que suscitó el caso (y la “campaña de desafío” de Acción pro Tratamiento de violar la patente de Pfizer del fluconazol) fue más amplio, y en él abundaron las referencias a las licencias obligatorias, un mecanismo importante para bajar los precios de los medicamentos mediante la introducción de la competencia de compañías de fármacos genéricos en el mercado. Pero en un sentido estricto, las licencias obligatorias no fueron un asunto cuestionado durante el proceso ni un punto central de la intervención de la Campaña de Acción pro Tratamiento.

En segundo lugar, la nueva Ley de Medicamentos (sección 15C) permitía las *importaciones paralelas*, es decir, importaciones a Sudáfrica de un medicamento patentado realizadas por alguien diferente al titular de la patente, una vez que el titular de la patente haya sacado el producto al mercado en otro país o haya dado su consentimiento. En otras palabras, la importación paralela permite al comprador aprovecharse de que la compañía farmacéutica cobre un precio más bajo por el medicamento en otro país. La importación paralela no significa que exista acceso a la versión genérica del medicamento; sencillamente brinda la posibilidad de comprar el medicamento al mejor precio que ofrezca el fabricante de la marca patentada en todo el mundo.

En tercer lugar, la nueva Ley de Medicamentos (sección 22F) estipulaba la *sustitución genérica*: la práctica de imponer al farmacéutico la obligación de sustituir, siempre que sea posible, un medicamento genérico más barato y equivalente al producto de marca prescrito por un médico. La ley establecía que la sustitución genérica no se llevaría a cabo en el caso de que el médico lo indicara expresamente.

Por último, la nueva Ley de Medicamentos (sección 22G) autorizaba al ministro de Sanidad a elaborar la normativa de un *sistema de precios transparente* con un *precio de salida único* que “deberá ser el único precio al que los fabricantes vendan las medicinas... a cualquier persona que no sea el Estado” (es decir, en el sector privado). Dicho de otro modo, la ley permitía la creación de un mecanismo de control directo de los precios de los medicamentos.

La Asociación de Fabricantes Farmacéuticos se opuso a estas disposiciones y para ello centró sus argumentos en la cláusula consagrada al derecho a la propiedad en la Constitución (sección 25), que establece: “Nadie podrá ser privado del derecho a la propiedad excepto en cuestiones de derecho de aplicación general, y ninguna ley permitirá la privación arbitraria de propiedad.” La Asociación de Fabricantes Farmacéuticos arguyó también que la Ley era contraria a las obligaciones de Sudáfrica estipuladas en el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, de la OMC.

La intervención de la Campaña de Acción pro Tratamiento

El objetivo de la intervención de la Campaña de Acción pro Tratamiento en el proceso consistía en proteger los derechos humanos de los sudafricanos que necesitaban medicamentos más asequibles, una perspectiva que no había sido aportada por el Gobierno en su defensa de la propuesta de la ley. Además de presentar pruebas adicionales que ponían en entredicho la interpretación de la ley y sus implicaciones para Sudáfrica realizada por la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos, la Campaña de Acción pro Tratamiento invocó la Constitución sudafricana, jurisprudencia de otras jurisdicciones y el derecho internacional sobre derechos humanos para defender las secciones de la Ley de Medicamentos cuestionadas por la parte demandante.

La Campaña de Acción pro Tratamiento se centró en argumentar por qué las tres medidas propuestas (importación paralela, sustitución genérica y sistema de regulación de precios) eran necesarias y defendibles:

Los principales argumentos de la Campaña de Acción pro Tratamiento (TAC, por su sigla en inglés) fueron que el acceso a la salud constituye un derecho humano que prevalece sobre los derechos a la propiedad privada, en especial cuando se está cometiendo un abuso de estos derechos. Concretamente, la TAC arguyó que los medicamentos antirretrovíricos patentados (necesitados por millones de personas en África) son un claro ejemplo del argumento sostenido por los demandados: las patentes están siendo empleadas para inflar los precios. Algunas de las medidas contenidas en la Ley, y concretamente en la sección 15C [importaciones paralelas], podían, por tanto, aplicarse para bajar los precios de los medicamentos patentados. No obstante, la TAC consideró igualmente importante en su argumentación el impacto que tendría la sección 22F (la obligación de la sustitución genérica) al hacer más asequibles los medicamentos que tratan y previenen las infecciones oportunistas, así como los beneficios potenciales que la medida supondría para el sistema sanitario en su conjunto.⁶⁹

[...]

El argumento jurídico de la TAC fue que ninguna de las tres disposiciones impugnadas eran inconstitucionales. De hecho, la TAC sostuvo que emanaban del deber positivo del Gobierno de “satisfacer progresivamente” los derechos de acceso a los servicios de atención sanitaria⁷⁰ y de proteger derechos tales como la dignidad,⁷¹ la vida,⁷² la igualdad⁷³ y el deber de actuar en el mejor

⁶⁹ M Heywood. Debunking “Conglomo-talk”: A Case Study of the *Amicus Curiae* as an Instrument for Advocacy, Investigation and Mobilization. *Law, Democracy & Development* 2001; 5(2): 133. El texto de este documento, originalmente presentado en *Health, Law and Human Rights: Exploring the Connections – An International Cross-Disciplinary Conference Honoring Jonathan M. Mann*, Philadelphia, PA, 29 Sept – 1 Oct 2001, puede consultarse en la página web de ALP www.alp.org.za (bajo el epígrafe “Access to treatment”).

⁷⁰ Constitución de la República de Sudáfrica, sección 27.

⁷¹ *Ibid.*, sec. 10.

⁷² *Ibid.*, sec. 11.

⁷³ *Ibid.*, sec. 9.

interés de los niños,⁷⁴ derechos que dependen de las medidas para mejorar las condiciones socio-económicas.⁷⁵ Las personas pobres, alegó la TAC: “dependían directamente de la capacidad del Estado para cumplir su deber constitucional de satisfacer progresivamente sus derechos de acceso a los servicios de atención sanitaria.”⁷⁶

Por el contrario, incluso en el caso de que algunos aspectos de la Ley fueran considerados una violación inconstitucional de los derechos de la propiedad, la Campaña de Acción pro Tratamiento arguyó que

de acuerdo con la Constitución sudafricana, determinados derechos podían quedar limitados siempre y cuando los incumplimientos sean “razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad” [sección 36 de la Constitución]. La TAC arguyó que, en caso de estimarse que alguna de las medidas contenidas en la Ley limitara los derechos de la propiedad, esto podía justificarse con las obligaciones del gobierno de mejorar el acceso a los servicios de atención sanitaria, así como otros deberes emanantes de los tratados internacionales.

Al mencionar los tratados se hacía referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Sudáfrica, que imponían al Estado una serie de obligaciones jurídicas vinculantes. La Campaña de Acción pro Tratamiento refutó la idea de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos de que la ley violaba las obligaciones derivadas del tratado de Sudáfrica según el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, de la OMC. El Acuerdo (Artículo 6) estipula claramente que los países son libres de permitir las importaciones paralelas en sus leyes nacionales. Asimismo, tampoco prohíbe las políticas de sustitución genérica ni la regulación de los precios de los fármacos. La Campaña de Acción pro Tratamiento aportó pruebas y argumentos que demostraban que dichas políticas constituyen una práctica común en muchos otros países, incluidos también los países industrializados.

La Campaña de Acción pro Tratamiento intentó también aprovechar la oportunidad de su intervención para abordar una cuestión fundamental expuesta tanto en los alegatos como al público en general. De acuerdo con la explicación de Heywood:

Finalmente la TAC atacó en tono provocador uno de los principios fundamentales de la argumentación jurídica y mediática expuesta por la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos: que la Ley constituía una violación de los derechos de propiedad intelectual que arrebataría a los inversores privados su justa recompensa por el invento y la investigación, y por consiguiente socavaría las condiciones previas necesarias de futuras investigaciones en el campo de las enfermedades y la medicina. [Según afirmó la TAC en su declaración jurada:]

Los beneficios obtenidos son varias veces superiores a los gastos de los solicitantes derivados de la investigación y el desarrollo. El Solicitante Amicus ha retado en diversas ocasiones, por ejemplo, a Glaxo Wellcome, uno de los demandantes, y a Pfizer, miembro del Primer Demandante a desglosar los costos de I+D derivados de los antirretrovíricos y otros medicamentos. Dicha información nunca ha sido facilitada.

⁷⁴ *Ibíd.*, sec. 28.

⁷⁵ En esta línea argumental, la Campaña de Acción pro Tratamiento se ve respaldada por el apoyo del presidente del Tribunal Constitucional: “... cómo puede haber dignidad en una vida vivida sin acceso a vivienda, a atención sanitaria, a alimentos, a agua, o en el caso de las personas sin capacidad para mantenerse a sí mismas, sin acceso a ayuda adecuada? Pero las políticas sociales y económicas son asuntos de primer orden que corresponde tratar al gobierno. Al formular dichas políticas, el gobierno debe considerar no sólo el derecho de los individuos a vivir con dignidad, sino también los intereses generales de la comunidad que afectan a la asignación de los recursos. La justicia individual puede permitir en este caso velar por los intereses generales de la comunidad.” Véase: Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, *The Third Bram Fischer Lecture*, *SA Journal on Human Rights*, 2000 (16) , 193-205.

⁷⁶ Heywood, *supra*, cita de los argumentos contenidos en la declaración jurada de la Campaña de Acción pro Tratamiento (Párr. 13).

En la declaración jurada se enumeraba una serie de medicamentos esenciales para el tratamiento del VIH y sus infecciones oportunistas, y con ellos se retó al “oso” —la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos— a salir de su guarida y pelear sobre los orígenes de dichos medicamentos y la proporción de dinero público y privado que se había invertido en ellos. Esto es exactamente lo que hicieron.⁷⁷

Comentario

La Campaña de Acción pro Tratamiento empleó una serie de estrategias que revelaron las importantes y poderosas dimensiones humanas de las cuestiones jurídicas abordadas. Los representantes de la Campaña explicaron que su objetivo “consistía en convertir una fría disputa legal en una cuestión sobre vidas humanas: eso era importante para la educación del Tribunal, así como para la opinión pública.”⁷⁸ Al presentar múltiples declaraciones juradas describiendo las experiencias personales de las personas que viven con el VIH y de los médicos que luchan frente a los medicamentos de precios inasequibles, pudieron argumentar con eficacia y rebatir los abstractos argumentos jurídicos presentados por la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos. Esta estrategia dio buen resultado y aportó una visión crítica y persuasiva al caso.

Mediante la colaboración con el Congreso de Sindicatos sudafricanos, la federación sindical más grande del país, con casi dos millones de afiliados, la Campaña aumentó su capacidad para movilizar a miles de personas en las manifestaciones celebradas en momentos clave y en lugares de todo el país. Además, la histórica asociación entre el Congreso Nacional Africano y el Congreso de Sindicatos intensificó la presión sobre el Gobierno del Congreso Nacional Africano. Gracias al intercambio constante de información y al cultivo de las relaciones con activistas de la lucha contra el SIDA y organizaciones no gubernamentales de muchos países, la Campaña contó con un apoyo a escala mundial durante el desarrollo de sus actividades, que abarcaron desde manifestaciones ante las sedes mundiales de las compañías farmacéuticas hasta una petición de “abandono del caso” impulsada por Médecins Sans Frontières y firmada por más de 250.000 personas de todo el mundo.

De acuerdo con Mark Heywood, de la Campaña de Acción pro Tratamiento y el Proyecto de la Ley del SIDA, las dos organizaciones que encabezaron la intervención en calidad de *amicus curiae* y la movilización política, la implicación de la Campaña en el proceso y sus actividades de campaña resultaron exitosas en varios frentes.

Se había acabado una batalla legal de tres años, dando al Gobierno la posibilidad de ejecutar la Ley. Desde el punto de vista internacional, la intensa atención centrada en los medicamentos, los precios, las patentes y los derechos a la salud ampliaron en gran medida la base de un movimiento incipiente que pretende tratar la salud como un derecho humano y promover la idea de que productos como los medicamentos, que resultan esenciales para la salud, deberían recibir en las leyes de patentes un trato diferente al que reciben aquellos productos que no se hallan intrínsecamente vinculados con la dignidad humana y el bienestar. Esta convicción ejerció sin duda una gran influencia en las negociaciones sobre los ADPIC [*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*] llevadas a cabo en Doha en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en noviembre de 2001. La Declaración sobre los ADPIC (donde se reconoce que “Cada miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias”) refleja el mayor grado de confianza de los países en desarrollo a la hora de proteger los derechos a la salud contra las incursiones protagonizadas por las compañías multinacionales basándose en su interpretación de las normas del comercio.⁷⁹

⁷⁷ Heywood, *supra*.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, Conferencia Ministerial, Cuarta Sesión, (WT/MIN(01)/DEC/W/2)

Los esfuerzos realizados por la Campaña también tuvieron considerables repercusiones en el ámbito nacional. La Campaña movilizó a la sociedad civil para reivindicar los derechos socioeconómicos, presionó a las empresas farmacéuticas a fin de que redujeran los precios de los medicamentos antirretrovíricos y mantuvo la promesa de que la aplicación de las disposiciones de la Ley podía dar lugar a un mayor descenso de los precios. Tal como explica Heywood, gracias a la Campaña se produjo también un hecho importante cuando los representantes del Gobierno declararon bajo juramento que la accesibilidad financiera constituía el único obstáculo para el uso de los antirretrovíricos. Aquella declaración significaba que el Gobierno difícilmente iba a poder negarse a atender la exigencia del acceso al tratamiento antirretrovírico a escala nacional si los activistas lograban reducir significativamente el costo del mismo.

A pesar de que este caso nunca llegó a traducirse en una sentencia, tuvo un impacto tremendo en Sudáfrica y en el resto del mundo. Animada por esta victoria, la Campaña de Acción pro Tratamiento siguió luchando para conquistar otras, para lo cual tuvo que emprender posteriormente procesos judiciales contra el Gobierno y las compañías farmacéuticas. Dos de estos ejemplos están expuestos a continuación: el caso en que los tribunales obligaron al Gobierno a tomar medidas para que el medicamento antirretrovírico llamado nevirapina fuera asequible para las mujeres embarazadas con el fin de reducir la transmisión materno-infantil del VIH; y la aplicación de la ley de la competencia para obligar a dos compañías a otorgar la licencia de sus medicamentos a fabricantes de las versiones genéricas.

Argentina: el Tribunal ordena al Ministerio de Salud que adopte medidas para asegurar el suministro ininterrumpido de medicamentos antirretrovíricos

AV & CM contra Ministerio de Salud de la Nación, Tribunal Federal Civil y Comercial (núm. 7), 26 de abril de 2002

Tribunal y fecha del fallo

La sentencia del Juzgado en lo Civil y lo Comercial Federal (núm. 7) fue dictada el 26 de abril de 2002.

Partes implicadas

Dos personas que vivían con el VIH y con SIDA, la Sra. AV y el Sr. CM, interpusieron una acción de amparo por derecho propio y en nombre de todas las personas en la misma situación. En el proceso fueron representados por el Centro de Estudios Legales y Sociales. La acción fue interpuesta contra el Ministerio de Salud nacional.

Sentencia solicitada

Los dos demandantes que representaban al colectivo interpusieron una acción de amparo en la que solicitaron una orden judicial de medidas cautelares en nombre de todas las personas que vivían con el VIH y recibían antirretrovíricos del programa de lucha contra el SIDA del Ministerio de Salud nacional. Las medidas cautelares solicitadas consistían en una orden judicial exigiendo al Gobierno que adoptara medidas de carácter urgente para asegurar que el programa de lucha contra el SIDA pudiera garantizar el suministro ininterrumpido de medicamentos.

Resultado

La Corte Suprema concedió la orden solicitada por los demandantes el mismo día en que fue presentada la petición.

Circunstancias y hechos materiales

Este caso llegó a los tribunales después de que lo hubieran hecho otras demandas exigiendo que se asegurara el acceso al tratamiento de las personas que viven con el VIH. En 1996, ocho organizaciones no gubernamentales argentinas interpusieron una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social Nacional por no suministrar medicamentos a las personas que vivían con el VIH y con SIDA. Al cabo de tres días, el tribunal ordenó al Ministerio que proporcionara la medicación.⁸⁰ A comienzos de 1998, algunas organizaciones no gubernamentales interpusieron una segunda acción de amparo en nombre de varias personas que vivían con el VIH. La acción fue interpuesta contra el Ministerio y contra el sistema de seguridad social (que proporciona cobertura sanitaria a diferentes segmentos de la población) por no suministrar antirretrovíricos. Tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelaciones aprobaron la petición y ordenaron a las autoridades que suminis-

⁸⁰ M Bianco et al. Human rights and access to treatment for HIV/AIDS in Argentina. Series of Case Studies on Human Rights. Latin American & Caribbean Council of AIDS Service Organizations (LACCASO), 1999, p. 15.

traran medicamentos de forma oportuna e ininterrumpida a las personas que vivían con el VIH y que reunieran los requisitos para acogerse a esos programas. Ambas decisiones fueron ratificadas por la Corte Suprema en febrero de 1999.⁸¹

A pesar de estos dictámenes, las personas que vivían con el VIH continuaron teniendo dificultades para acceder a los medicamentos, de modo que recurrieron de nuevo a los tribunales. El 1 de junio de 2000, la Corte Suprema de Justicia respaldó los fallos pronunciados por los tribunales inferiores en otra acción de amparo interpuesta por una coalición de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra el SIDA.⁸² La Corte Suprema ordenó al Ministerio de Salud que asegurara a través del sistema de salud público un suministro regular, preciso e ininterrumpido de medicamentos a las personas que vivían con el VIH, tal como exigía la observancia del derecho a la salud, descrito como parte del derecho a la vida. Ese derecho estaba expresamente reconocido en la Constitución nacional, en la legislación nacional sobre el SIDA, y en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. La Corte Suprema rechazó el argumento esgrimido por el Gobierno de que los tribunales inferiores se habían excedido en su autoridad al pisotear el poder del ejecutivo de tomar decisiones presupuestarias.

Sin embargo, una serie de obstáculos administrativos, entre los que figuraban la incapacidad del Ministerio para adquirir los medicamentos con la antelación oportuna y una disputa sobre los costos, llevaron a una reducción de las existencias con la consecuente interrupción en el suministro a los pacientes. En 2002, el asunto fue llevado a los tribunales una vez más, por la vía de esta solicitud urgente para proteger los derechos constitucionales de las personas con el VIH que necesitaban medicamentos.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El Juzgado de lo Civil y lo Comercial Federal, un tribunal de primera instancia, señaló la sentencia anterior promulgada en junio de 2000 (en el caso *Asociación Benghalensis*) en la que la Corte Suprema había respaldado la petición de los solicitantes de que el Gobierno asegurara un suministro ininterrumpido de medicamentos antirretrovíricos. Declaró que el retraso de los organismos gubernamentales responsables era injustificable teniendo en cuenta que estaban en juego la salud y la vida de las personas. Por consiguiente, el juez ordenó al Ministerio de Salud que proporcionara inmediatamente efavirenz (EFV), estavudina (d4T) y lamivudina (3TC) a los dos demandantes. En el mismo sentido y respecto a las otras personas que vivían con el VIH cuyos intereses estaban representados en la acción de amparo colectiva, el tribunal ordenó al Ministerio que adoptara las medidas necesarias en el plazo de dos días para asegurar un suministro regular e ininterrumpido de los medicamentos para el tratamiento del VIH.

Comentario

Esta sentencia fue una de las muchas decisiones en las que personas que vivían con el VIH solicitaron con éxito órdenes judiciales dirigidas al Gobierno para que éste adoptara medidas positivas con el fin de asegurar el acceso al tratamiento con medicamentos antirretrovíricos. Sin embargo, la experiencia en la Argentina, al igual que en muchos otros países, pone de manifiesto el hecho de que las victorias legales, si bien fueron necesarias, no bastaron para proteger y satisfacer el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Mientras los gobiernos no puedan o no quieran dedicar los recursos necesarios, o abordar los problemas sistémicos en la administración de los programas, los pronunciamientos judiciales no surtirán el efecto necesario. Las demandas judiciales pueden propor-

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Asociación Benghalensis y otros contra Ministerio de Salud y Acción Social*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 323:1339 (1 de junio de 2000), disponible en <http://cuadernos.bioetica.org/fallos12.htm>.

cionar un foco en el que centrar mayores esfuerzos de promoción, y cuando prosperan pueden constituir un gran estímulo si se emplean estratégicamente. Sin embargo, si no se complementan con un activismo de defensa de los derechos humanos y una cultura de respeto por los derechos y el estado de derecho, las sentencias quedarán reducidas a victorias teóricas.

En julio de 2003, la Red Argentina de Personas Viviendo con el VIH/SIDA presentó un breve informe con documentación sobre las deficiencias persistentes en el acceso a las pruebas del VIH y al tratamiento en la Argentina, entre las que figuraban las interrupciones en el suministro de medicamentos, las dudas sobre la calidad de los medicamentos suministrados y la insuficiencia de establecimientos y suministro de pruebas diagnósticas del VIH así como de pruebas de carga vírica y recuento de linfocitos CD4. Basándose en estos datos, el Centro de Estudios Legales y Sociales interpuso otra demanda ante los tribunales, que ordenaron al Ministerio de Salud el cumplimiento urgente de la orden anterior de regularizar el acceso a los medicamentos. En caso contrario, el Ministerio sería sancionado con una multa de US\$ 1.000 diarios (unos fondos que debían destinarse a ejecutar el plan nacional de lucha contra el SIDA) y podrían imputársele cargos penales por desacatar la orden judicial.⁸³ El tribunal definió la actitud del Estado como una “amenaza ilegal y arbitraria al derecho a la vida y a la preservación de la salud”. También rechazó de forma explícita el argumento esgrimido por el Estado de que existía una emergencia fiscal, alegando que “la salud pública no podía estar sujeta a las vicisitudes del mercado ni permanecer a la espera de una mejora de la economía del país”.⁸⁴ Posteriormente, se inició una investigación sobre los posibles cargos de desacato al tribunal.⁸⁵

⁸³ “Intiman al Ministerio de Salud a regularizar la entrega de medicamentos contra el VIH/SIDA.” *Boletín CELS: Derechos Humanos Argentina*, agosto de 2003; 1(1), disponible en www.cels.org.ar.

⁸⁴ CELS. “Condenan al Ministerio de Salud por no garantizar el tratamiento de las personas que viven con HIV,” resumen con fecha del 15 de marzo de 2004, disponible en www.cels.org.ar.

⁸⁵ *Ibíd.*

Sudáfrica: el Tribunal ordena al Gobierno que ponga en marcha un plan de medicamentos antirretrovíricos para reducir la transmisión materno-infantil del VIH

Ministro de Salud y otros contra Campaña de Acción pro Tratamiento y otros, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, CCT 8/02 (2002)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Constitucional pronunció la sentencia el 5 de julio de 2002. La causa era una apelación de una sentencia anterior del Tribunal Superior (de Pretoria).

Partes implicadas

La parte demandante inicialmente (parte demandada ante el Tribunal Constitucional) era la Campaña de Acción pro Tratamiento, el Centro de los Derechos del Niño y un médico (Dr. Haroon Saloojee). La parte demandada inicialmente (parte apelante ante el Tribunal Constitucional) estaba formada por el ministro de Salud y los ministros de salud provinciales de todas las provincias (a excepción de la provincia de Western Cape). Hubo asimismo tres interventores en el caso: el Instituto para la Democracia en Sudáfrica, el Centro de Derecho Comunitario y la organización Cotlands Baby Sanctuary.

Sentencia solicitada

La Campaña de Acción pro Tratamiento y los demás demandantes solicitaron una sentencia que obligara al Gobierno a asegurar el acceso al medicamento antirretrovírico nevirapina para todas las mujeres embarazadas infectadas por el VIH de Sudáfrica, y de ese modo reducir el riesgo de transmisión materno-infantil del VIH.

Resultado

El Tribunal Superior falló a favor de la Campaña de Acción pro Tratamiento. El Gobierno apeló la decisión. El Tribunal Constitucional desestimó la apelación del Gobierno y ordenó que pusiera el fármaco antirretrovírico nevirapina a disposición de los hospitales y los dispensarios públicos con el fin de prevenir la transmisión materno-infantil del VIH. El Tribunal dictaminó también que el Gobierno tenía el deber constitucional de poner en marcha un programa para satisfacer el derecho de las mujeres embarazadas y sus niños recién nacidos a acceder a los servicios sanitarios para prevenir la transmisión.

Circunstancias y hechos materiales⁸⁶

El Gobierno sudafricano había tomado la decisión de no poner en marcha un programa nacional para reducir el riesgo de transmisión materno-infantil del VIH. En su lugar, había seleccionado dos poblaciones de cada provincia para que participaran en un estudio piloto destinado a evaluar varios

⁸⁶ Este resumen y los comentarios expuestos a continuación han sido ligeramente adaptados del siguiente texto original: L Gerntholtz. South Africa: Highest Court Orders Government to Provide Antiretrovirals to Prevent Mother-to-Child Transmission. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review* 2002; 7(2/3): 50-52 (disponible a través de www.aidslaw.ca).

aspectos del programa. También se negó a suministrar nevirapina a las poblaciones que no participaban en el estudio y prohibió a los hospitales situados fuera de las poblaciones del programa piloto que prescribieran y administraran nevirapina a las madres con el VIH.

Tras cuatro años de presión política, campañas de sensibilización y movilizaciones públicas, la Campaña de Acción pro Tratamiento y otros solicitantes interpusieron una demanda ante el Tribunal Superior de Pretoria en agosto de 2001 para solicitar una resolución que obligara al Gobierno a asegurar el acceso a la nevirapina para todas las mujeres VIH-positivas embarazadas y sus recién nacidos. En diciembre de 2001, el Tribunal Superior dictó su fallo a favor de la Campaña.⁸⁷ El Gobierno apeló al Tribunal Constitucional.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

La sentencia se centró fundamentalmente en dos derechos constitucionales de los sudafricanos: el derecho al acceso a los servicios de atención sanitaria, incluida la atención de salud reproductiva (sección 27), y el derecho de los niños a los servicios de atención sanitaria básicos (sección 28).

Sección 27: Derecho al acceso a los servicios de atención de salud

El Tribunal estimó que no había necesidad alguna de razonar si los derechos socioeconómicos son exigibles, pues “sin duda lo son”.⁸⁸ Por tanto, la cuestión planteada ante el Tribunal giraba en torno a si la Campaña de Acción pro Tratamiento había demostrado que el programa puesto en marcha por el Gobierno para “proporcionar acceso a los servicios de atención de salud para las madres VIH-positivas y sus recién nacidos faltaba a las obligaciones establecidas en la Constitución”.⁸⁹ La corte redujo los puntos de debate entre la Campaña de Acción pro Tratamiento y el Gobierno a dos asuntos clave, a saber: si era razonable que el Gobierno restringiera el suministro de nevirapina a los lugares seleccionados para el programa piloto y si el Gobierno tenía realmente una “política integral de prevención de la transmisión materno-infantil”.⁹⁰

El Gobierno esgrimió cuatro razones para justificar su negativa a permitir la prescripción de nevirapina fuera de los establecimientos del programa piloto:

- i) dudas acerca de la *eficacia* de la nevirapina allí donde el denominado conjunto integral de prestaciones, que se proporcionaba en los establecimientos del programa piloto, no estaba disponible;
- ii) la cuestión de si la administración de una dosis única de nevirapina a la madre y al hijo podrían provocar *resistencia* a la nevirapina y a otros antirretrovíricos en fases posteriores;
- iii) la *seguridad* del propio medicamento; y
- iv) si el sector público disponía de *capacidad* para proporcionar el conjunto completo de prestaciones.

El Tribunal estudió cuidadosa y exhaustivamente todas estas cuestiones. Respecto al asunto de la *eficacia*, estimó evidente la claridad con que se desprendía “de las pruebas que la administración de nevirapina salvará la vida de un número significativo de lactantes aun cuando se realice sin el conjunto completo de prestaciones y los servicios de apoyo de que disponen los centros de inves-

⁸⁷ Tribunal Superior de Sudáfrica (Sala Provincial Transvaal), Caso N° 21182/2001, 14 de diciembre de 2001. Las actas judiciales y la sentencia pueden consultarse en línea en la página www.tacontraorg.za, y un resumen de las mismas en: L Gertholtz. Preventing mother-to-child transmission: landmark decision by South African court. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review* 2002; 6(3): 1, 20-24.

⁸⁸ Sentencia, Párr. 25.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*, Párr. 47.

tigación y capacitación.”⁹¹ El Tribunal llegó incluso a afirmar que aunque las madres no dispusieran de acceso a sucedáneos de la leche materna (suministrados en los centros piloto) u optaran por la lactancia, los efectos de la nevirapina no dejaban de ser útiles.⁹²

El Tribunal rechazó también el argumento referente a la *resistencia* al fármaco y afirmó que, sin duda, merecía la pena correr ese riesgo, pues la única alternativa era el sufrimiento y la muerte a causa de la infección por el VIH. Basándose en las pruebas, estimó además que las dudas acerca de la *seguridad* del fármaco no eran sino hipotéticas, dado que el medicamento había sido recomendado sin reservas por la Organización Mundial de la Salud para la prevención de la transmisión materno-infantil y había sido registrado para tal uso por el Consejo de Control de Medicamentos sudafricano.

En cuanto a la cuestión de la *capacidad*, el Tribunal admitió que la limitación de recursos y la falta de personal convenientemente cualificado determinaban el grado de capacidad del Gobierno para poner a disposición de todo el sector público un “conjunto completo” de prestaciones. Sin embargo, el Tribunal estimó que esto no guardaba relación con la cuestión de si la nevirapina debía ser empleada en los hospitales y dispensarios públicos que no formaban parte de la investigación, donde sí se contaba con los medios necesarios para las pruebas y el asesoramiento.

El Tribunal procedió a examinar si la política de limitar el uso de nevirapina a los centros piloto era razonable. Estimó que la política

no alcanza a satisfacer las necesidades de las madres y los recién nacidos que no tienen acceso a esos centros. No distingue entre la evaluación de programas destinados a reducir la transmisión materno-infantil y la necesidad de proporcionar acceso a los servicios de atención sanitaria que necesitan quienes no disponen de acceso a los centros.⁹³

El Tribunal estudió la decisión de no suministrar nevirapina fuera de los centros piloto en contraste con el criterio aplicado en su anterior fallo del caso *Grootboom*,⁹⁴ y estimó que la política no cubría las necesidades de los más necesitados, era “inflexible”⁹⁵ y vulneraba lo estipulado en la sección 27(2) de la Constitución.

El Tribunal examinó a continuación si existía un plan integral para combatir la transmisión materno-infantil del VIH. A este respecto, estimó que esas cuestiones se hallaban íntimamente relacionadas con la política de prohibir toda prescripción de la nevirapina fuera de los establecimientos piloto. El Tribunal estudió detenidamente todas las pruebas presentadas tanto por la parte demandante como por la parte demandada, y concluyó que el conjunto completo de prestaciones para la prevención de la transmisión materno-infantil que se proporcionaba en los centros piloto incluía: asesoramiento y pruebas; nevirapina, siempre según prescripción médica; suministro de la preparación para lactantes en sustitución de la leche materna; y cuidados postratamiento, que incluían la administración de vitaminas y antibióticos y la vigilancia de la evolución de los niños. En ninguno de los hospitales públicos, salvo en los centros piloto, se disponía de nevirapina. Sin embargo, el Tribunal consideró que las pruebas demostraban que muchos establecimientos públicos tenían ya programas en marcha a través de los cuales ofrecían pruebas y asesoramiento, donde estaba incluido también el asesoramiento sobre las opciones alimentarias. Algunos de los establecimientos disponían también de la preparación sustitutiva para lactantes, aunque muchos carecían de ese servicio.

⁹¹ *Ibíd.*, Párr. 57.

⁹² *Ibíd.*, Párr. 58.

⁹³ *Ibíd.*, Párr. 67.

⁹⁴ *Government of the Republic of South Africa and others contra Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 CC; 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

⁹⁵ Sentencia, Párr. 80.

El Tribunal estimó que el programa, tal como era, no cumplía con el nivel exigido por la Constitución, ya que una vez más excluía a “aquellos que podría resultar razonable incluir cuando el tratamiento sea clínicamente indicado para combatir la transmisión maternoinfantil del VIH.”⁹⁶

El Gobierno había argüido con vehemencia que el Tribunal no tenía potestad para dictar una sentencia cuyo efecto exigiera al Gobierno llevar a cabo una política determinada. De ser así, alegó, atentaría contra la doctrina de la separación de poderes, pilar fundamental de toda democracia constitucional. Al responder a este argumento, el Tribunal afirmó que “a pesar de que no existen unos límites claros de separación entre las funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, hay determinados asuntos que corresponden preferentemente al dominio de uno u otro brazo del gobierno y no de los otros.”⁹⁷ No obstante, esto no fue óbice para que el dictara una sentencia que influyera en el ámbito de las políticas.

Sección 28: El derecho de los niños a servicios básicos de salud

El Tribunal no trató a fondo la cuestión de los niños en la sentencia. Sin embargo, en cierto modo se apartó de la posición adoptada en la sentencia del caso *Grootboom*, en la que había dictaminado que la obligación de proporcionar asistencia sanitaria a los niños recaía fundamentalmente sobre los padres y no sobre el Estado. En este caso, el Tribunal estimó que el Estado, junto con la familia, tiene en efecto la obligación de proporcionar atención a los niños, pero dejó en el aire la cuestión relativa a la naturaleza y el alcance exactos de dicho deber.

La resolución judicial

El Tribunal ordenó al Gobierno que eliminara inmediatamente todas las restricciones impuestas sobre el suministro de nevirapina en hospitales que no formaban parte del programa piloto y que diseñara un programa integral destinado a reducir el riesgo de transmisión maternoinfantil del VIH.

Comentario

La ansiada sentencia del Tribunal Constitucional fue anunciada a comienzos de julio de 2002, en vísperas de la Decimocuarta Conferencia Internacional sobre el SIDA celebrada en Barcelona, y tuvo una considerable repercusión en los medios de comunicación y en la sociedad civil de todo el mundo. Inusitadamente, la sentencia fue pronunciada de manera unánime por los once jueces en lugar de serle atribuida a un magistrado en particular, una señal inequívoca de la seriedad con la que el más alto tribunal de Sudáfrica examinó el caso. De hecho, *TAC contra Ministerio de Salud* se ha convertido en uno de los casos más destacados del mundo sobre la procesabilidad del derecho a la salud. Los activistas en la lucha por el acceso al tratamiento albergaban la esperanza de que esta decisión fuera la última sentencia de la disputa entre el Ministerio de Salud nacional y la Campaña de Acción pro Tratamiento, y que, por tanto, no fueran necesarios más contenciosos sobre este asunto para asegurar al menos esta forma de tratamiento del VIH. Sin embargo, aunque algunas provincias ampliaron significativamente el acceso a la nevirapina, en muchas otras no ha sido así. Tras la victoria legal, un gran número de mujeres continuó sin tener la posibilidad de adoptar medidas para asegurar que sus hijos estuvieran protegidos contra la infección por el VIH, y muchos niños siguieron contrayendo la infección. Varios meses después del pronunciamiento del fallo, la Campaña de Acción pro Tratamiento se reunió con el vicepresidente de Sudáfrica para discutir acerca del desarrollo y la puesta en marcha de un plan nacional de prevención de la transmisión maternoinfantil, tal como dictaba la orden judicial. No obstante, a día de hoy la relación entre los activistas y el Gobierno continúa siendo tensa, y se han pronunciado amenazas de interponer nuevas demandas para obligarlo a actuar con miras a mejorar el acceso al tratamiento.

⁹⁶ *Ibíd.*, Párr. 125.

⁹⁷ *Ibíd.*, Párr. 98.

Sudáfrica: un grupo de activistas en la lucha contra el SIDA utiliza la ley de competencia para impugnar los precios aplicados por una compañía farmacéutica y fuerza un acuerdo de concesión de licencias voluntarias para antirretrovíricos patentados

Hazel Tau y otros contra GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim, Comisión de Competencia de Sudáfrica (2003)

Tribunal y fecha del fallo

La petición se tramitó en forma de queja ante la Comisión de Competencia de Sudáfrica y fue presentada en septiembre de 2002, alegando que los precios de cuatro medicamentos antirretrovíricos comercializados por las compañías farmacéuticas GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim eran excesivos. El 16 de octubre de 2003, tras culminar la investigación sobre la queja, la Comisión presentó sus conclusiones (no vinculantes) y decidió remitir la queja al Tribunal de la Competencia para que éste pronunciara un fallo vinculante. Poco después, la parte demandada suscribió un acuerdo a fin de evitar tal desenlace.⁹⁸

Partes implicadas

Los solicitantes iniciales fueron ocho personas (cuatro personas que vivían con el VIH, un enfermero y tres médicos), la Campaña de Acción pro Tratamiento, el Congreso de Sindicatos Sudafricanos, y el Sindicato de Trabajadores Químicos, Energéticos, Papeleros, Impresores, Madereros y Aliados. En febrero de 2003, se sumaron otros dos solicitantes: el Consorcio Nacional del SIDA y un voluntario de Campaña de Acción pro Tratamiento que posteriormente, en junio de 2003, falleció a causa de una enfermedad relacionada con el SIDA.

La parte demandada estaba formada por las compañías farmacéuticas GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim. Concretamente, los destinatarios de la queja incluían a: GlaxoSmithKline South Africa (Pty) Ltd. (la compañía representante en Sudáfrica del grupo empresarial GlaxoSmithKline, con derecho exclusivo para comercializar en Sudáfrica determinados antirretrovíricos patentados); Glaxo Group Ltd. (un grupo de compañías farmacéuticas con sede en el Reino Unido); Boehringer Ingelheim (Pty) Ltd. (empresa sudafricana de CH Boehringer Group, grupo de compañías farmacéuticas con sede en Alemania, con derecho exclusivo para comercializar en Sudáfrica el medicamento patentado de nevirapina, un antirretrovírico); Ingelheim Pharmaceuticals (Pty) Ltd (otra empresa sudafricana que es titular del registro de la nevirapina en el Consejo de Control de Medicamentos nacional); y Boehringer-Ingelheim International GMBH.

⁹⁸ Comisión de Competencia de Sudáfrica. Nota de prensa (núm. 29 de 2003): Competition Commission finds pharmaceutical firms in contravention of the Competition Act, 16 de octubre de 2003, disponible a través de www.compcom.co.za. Para obtener otra documentación oficial presentada a la Comisión de Competencia sobre este caso, véase la página web de la Campaña de Acción pro Tratamiento: www.tacontraorg.za (en la página llamada "Documents", consúltese el apartado "Competition Commission Complaint against GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim"). Para un estudio global del caso y del contexto político en el que se desarrollaron las incesantes acciones de los activistas en la lucha por el acceso al tratamiento, véase: AIDS Law Project & Treatment Action Campaign. *The Price of Life: Hazel Tau and Others vs GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim*. Johannesburg: ALP, 2002 (disponible en Internet a través de la página www.alp.org.za).

Sentencia solicitada

Los solicitantes pidieron que, tras la investigación, la Comisión remitiera la queja al Tribunal de la Competencia, y adjuntaron la recomendación de que éste ejerciera los poderes que le otorgaba la ley para:

- ordenar a los demandados que se abstuvieran de aplicar precios excesivos;
- declarar la conducta de los demandados una “práctica prohibida” que constituyera el fundamento de demanda por daños y perjuicios para todas las personas que pudieran demostrar que habían sufrido pérdidas o daños como consecuencia de dicha práctica; y
- ordenar una sanción administrativa equivalente al 10% de la facturación anual de la empresa en Sudáfrica y de las exportaciones realizadas durante el ejercicio fiscal anterior.

Resultado

El 16 de octubre de 2003, la Comisión de Competencia anunció su decisión de remitir la queja al Tribunal de la Competencia para que celebrara una vista. La Comisión concluyó, tras su investigación, que GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim habían infringido la Ley de competencia al aplicar precios excesivos en perjuicio de los consumidores, negar el acceso a la competencia a un producto básico e incurrir en un acto de exclusión. La decisión de la Comisión dio lugar a un acuerdo entre los firmantes de la queja y las compañías denunciadas, según el cual GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim accedían a otorgar licencias voluntarias de sus medicamentos patentados a cambio de una regalía.

Cabe destacar también que, en septiembre de 2003, poco antes de que la Comisión pronunciara su decisión, el proyecto Treatment de la organización Campaña de Acción pro Tratamiento y el Generic Antiretroviral Procurement Project (proyecto para la obtención de antirretrovíricos genéricos) solicitaron a la compañía Boehringer Ingelheim licencias voluntarias para importar nevirapina genérica; en caso de que les fueran denegadas, las dos organizaciones tenían previsto solicitar licencias obligatorias al Comisario de Patentes. La posterior decisión de la Comisión, que reforzaba los fundamentos que podrían hacer prosperar la solicitud de la licencia obligatoria, ejerció mayor presión sobre Boehringer Ingelheim a la hora de alcanzar un acuerdo antes de que dicha solicitud fuera cursada y pudiera prosperar.

Circunstancias y hechos materiales

Sudáfrica figura entre los países más azotados por el VIH, pues acoge a varios millones de personas que viven con el VIH y la enfermedad constituye una de las principales causas de mortalidad en el país. La mayoría de los sudafricanos recurre al sector público para obtener atención sanitaria, pero el sistema no proporciona un tratamiento integral a las personas que viven con el VIH y, sobre todo, no facilita acceso universal al tratamiento antirretrovírico. En el momento en que se cursó la queja, se calculó que sólo 20.000 personas en toda Sudáfrica disfrutaban de acceso a tratamiento antirretrovírico a través del sector privado. En este caso, los activistas en la lucha del acceso al tratamiento pretendieron basarse en victorias anteriores y emplear las leyes de competencia del país para denunciar directamente los precios que los fabricantes de cuatro medicamentos antirretrovíricos patentados cobraban en Sudáfrica.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

La Ley de competencia de 1998 de Sudáfrica prohíbe que una empresa dominante en el mercado cobre “un precio excesivo en perjuicio de los consumidores.” La Campaña de Acción pro Tratamiento y los demás firmantes de la queja arguyeron que GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim habían aplicado un precio excesivo a los antirretrovíricos en perjuicio de los consumidores, contrario a las disposiciones de la Ley, con fallecimientos prematuros, previsibles y evitables a causa

del SIDA como consecuencia directa. La queja presentada sobre precios excesivos hacía referencia específicamente a los medicamentos antirretrovíricos:

- zidovudina (AZT, con el nombre comercial de Retrovir[®]);
- lamivudina (3TC, con el nombre comercial de 3TC[®]);
- combinación de zidovudina y lamivudina en un mismo comprimido (AZT+3TC, con el nombre comercial de Combivir[®]); y
- nevirapina (con el nombre comercial de Viramune[®]).

En el momento en que fue tramitada la queja, GlaxoSmithKline era titular de la patente de los tres primeros medicamentos y Boehringer Ingelheim de la patente del último.

Los firmantes de la queja presentaron pruebas detalladas, relativas a cada uno de los fármacos, comparando cuatro precios:

- el precio más reciente de venta al sector privado aplicado en Sudáfrica por GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim;
- el precio más reciente y más competitivo internacionalmente ofrecido a los países en desarrollo por GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim;
- el precio más competitivo ofrecido por fabricantes farmacéuticos de medicamentos genéricos para productos equivalentes calificados de aceptables, según el proceso de “precalificación” de la Organización Mundial de la Salud, para ser suministrados por las organizaciones de las Naciones Unidas; y
- el precio más competitivo ofrecido por fabricantes farmacéuticos de medicamentos genéricos para las versiones genéricas de esos antirretrovíricos en cuestión.⁹⁹

Los firmantes de la queja señalaron las drásticas diferencias entre los precios aplicados generalmente al sector privado de Sudáfrica y los precios de las versiones genéricas alternativas ofrecidos fuera de Sudáfrica. Sin embargo, dichos genéricos no estaban a disposición del público en Sudáfrica porque las patentes de GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim sobre los medicamentos en cuestión les otorgaban exclusividad para comercializar dichos productos en el país. Como resultado de tal exclusividad comercial, y del hecho de que, en general, los antirretrovíricos no pueden ser sustituidos entre sí, GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim gozaban de una posición dominante en el mercado. Los firmantes de la queja argumentaron que, no obstante, esta protección de la patente “no otorga a una empresa el derecho de aplicar un precio que no guarde una proporción razonable con el valor económico del producto en sí.”

Los firmantes de la queja explicaron en qué medida los elevados precios aplicados por GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim limitaban el acceso, tanto en el sector público como en el privado, a un tratamiento capaz de salvar vidas y de mejorar la calidad de vida de las personas. Entre los argumentos presentados figuraba el obstáculo adicional que suponían los precios para el Gobierno a la hora de diseñar un plan de tratamiento integral del VIH y el SIDA en el sector público. En el caso de aquellos que tenían que costearse sus propios medicamentos en el sector privado o disponían de cobertura limitada en los planes de seguridad social (por ejemplo, mediante su empleo), los precios elevados derivaban en una falta de tratamiento, en tratamientos deficientes o en una limitación a la hora de acceder al tratamiento adecuado. Los firmantes razonaron que la aplicación de esos precios redundaba, por consiguiente, “en perjuicio” de los consumidores, uno de los factores recogidos en la

⁹⁹ Los firmantes de la queja proporcionaron esta última categoría de precios previa advertencia de que incluía productos de fabricantes de genéricos que no habían sido aprobados para la venta en Sudáfrica por el Consejo de Control de Medicamentos o precalificados por la OMS. Los firmantes manifestaron al respecto que en ningún otro momento se habían basado en ellos a los efectos de la queja presentada ante la Comisión de Competencia.

Ley de competencia y, concretamente, en perjuicio de derechos constitucionalmente protegidos como eran los derechos a la vida, a la dignidad, a la igualdad y al acceso a los servicios de salud, reconocidos en la Constitución sudafricana.

De acuerdo con la Ley de competencia, el precio aplicado por la compañía dominante no sólo debe suponer un perjuicio para los consumidores, sino que además debe demostrarse que es “excesivo”. El estatuto define “precio excesivo” aquél que “no guarda una proporción razonable con el valor económico” del producto o servicio en cuestión. Los firmantes de la queja argumentaron que, para determinar qué constituye un precio “razonable”, debía considerarse cuál sería el precio aplicado en un mercado competitivo (es decir, sin protección de patentes) incluyendo un margen normal de beneficio, y en ese contexto;

- una asignación razonable, proporcional a la producción del producto en cuestión, para recuperar los gastos de investigación y desarrollo en los que otros fabricantes y vendedores del producto equivalente en un mercado competitivo no habrían incurrido;
- cierta asignación para un beneficio adicional como incentivo a la innovación y para cubrir cualquier riesgo empresarial inusual;
- la naturaleza y el alcance del perjuicio a los consumidores derivado del elevado precio (teniendo en cuenta, por ejemplo, que los precios elevados causan una pérdida de vidas evitable y un sufrimiento innecesario) así como el alcance y la gravedad del problema sanitario en cuestión; y
- el impacto adverso de los elevados precios en derechos constitucionalmente protegidos e internacionalmente reconocidos.

Considerando estos factores, los firmantes de la queja argumentaron que los precios aplicados por GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim eran “sumamente desproporcionados respecto al valor económico de los productos, aun teniendo en cuenta el costo de producción, los gastos en investigación y desarrollo, y un margen adecuado de beneficio.” Entre otras cosas, los firmantes aportaron información pública relativa a las tasas de rendimiento de la industria farmacéutica con patentes (y añadieron que la Comisión podía acceder a información adicional específica de cada empresa y cada producto, necesaria para realizar un análisis más riguroso, en ejercicio de su potestad investigadora). Asimismo, los firmantes demostraron, partiendo de los supuestos más favorables para GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim respecto a gastos de investigación y desarrollo y a una tasa “normal” de rentabilidad, la existencia de pruebas, cuando menos contundentes, que apuntaban a la aplicación de precios sumamente elevados por parte de estas compañías. Si bien los gastos en investigación y desarrollo que se manejaban respondían a estimaciones generales, los firmantes presentaron pruebas de la medida en que los fondos públicos contribuían a cubrir dichos gastos en el caso de los antirretrovíricos en cuestión, y propusieron que la Comisión, en el curso de su investigación, instara a GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim a revelar los datos relativos a los gastos reales en investigación y desarrollo, una información conocida hasta entonces únicamente por las propias empresas.

El 16 de octubre de 2003, la Comisión pronunció su decisión, según la cual se reconocían los fundamentos jurídicos de la queja presentada por Campaña de Acción pro Tratamiento y otros, aunque el alcance de la decisión iba más allá. La Comisión no sólo convino en que GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim habían incurrido en la aplicación de precios excesivos, sino que además declaró haber hallado pruebas de otras dos infracciones de la Ley de competencia en relación con la negativa de las empresas a conceder licencias a los fabricantes de medicamentos genéricos. La Comisión manifestó su intención de solicitar al Tribunal de la Competencia que otorgara licencias obligatorias a los fabricantes de genéricos para facilitar el acceso de los sudafricanos a un suministro sostenible de antirretrovíricos más económicos.

Comentario

Esta invocación a la ley de competencia nacional por parte de la Campaña de Acción pro Tratamiento dio lugar a resultados concretos que prometían mejorar el acceso a medicamentos más asequibles no sólo en Sudáfrica, sino en toda la región subsahariana. Como tal, demostró con creces las ventajas de combinar el uso táctico de la vía judicial con una mayor movilización de la sociedad civil.

Tras la tramitación de la queja ante la Comisión de Competencia, pero antes de conocer la decisión pronunciada por ésta en octubre de 2003, GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim concedieron licencias voluntarias a Aspen Pharmacare, una empresa sudafricana de medicamentos genéricos, para fabricar nevirapina, AZT y 3TC. No obstante, dichas licencias eran restringidas. En el caso de la nevirapina, Boehringer Ingelheim sólo concedió autorización a Aspen para fabricar y vender una versión genérica al Gobierno (ni a las farmacias ni a los planes de seguro médico). En el caso del AZT y el 3TC, GlaxoSmithKline concedió autorización a Aspen para fabricar y vender versiones genéricas únicamente al Gobierno, a las organizaciones no gubernamentales y a los empleadores que ofrecen tratamiento antirretrovírico a aquellos empleados que no disponen de plan de seguro médico. Las licencias no permitían al fabricante de medicamentos genéricos competir en el sector privado, donde la mayoría de sudafricanos accedía a los productos y servicios de atención sanitaria. Aspen tampoco estaba autorizado a competir en ningún mercado que no fuera el de Sudáfrica.

Como consecuencia de la resolución de la Comisión, GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim se vieron cada vez más forzados a reducir los precios de sus medicamentos en el mercado sudafricano y a otorgar licencias a los fabricantes de genéricos para comercializar dichos productos. El mismo día en que la Comisión hizo pública su decisión GlaxoSmithKline rectificó y amplió su licencia a fin de otorgar a Aspen autorización para vender AZT y 3TC al sector privado y exportar los productos a todos los países de África subsahariana. GlaxoSmithKline aplicó una nueva rebaja a sus precios de venta al sector privado, a las organizaciones no gubernamentales y a las empresas que ofrecían tratamiento a sus empleados. Sin embargo, ninguna de las dos empresas se mostró dispuesta a otorgar licencias a ningún otro fabricante de genéricos, limitando así una competencia que pudiera provocar una bajada de los precios de los medicamentos.

El 10 de diciembre de 2003 (Día Internacional de los Derechos Humanos y cuarto aniversario de la fundación de la Campaña de Acción pro Tratamiento), la Campaña y los demás firmantes de la queja anunciaron que habían alcanzado una serie de acuerdos con GlaxoSmithKline y Boehringer Ingelheim para resolver las quejas presentadas ante la Comisión de Competencia. Como efecto de los acuerdos, se permitió llevar a cabo un acuerdo previo negociado por la Fundación Clinton y anunciado una semana después de la decisión hecha pública por la Comisión en octubre de 2003. En el acuerdo se había negociado que cuatro compañías de medicamentos genéricos venderían el tratamiento triple de antirretrovíricos a los gobiernos de África subsahariana por el precio de US \$140 anuales por paciente. Según el acuerdo, las compañías accedían a:

- ampliar las licencias voluntarias concedidas a Aspen Pharmacare para autorizar también la venta al sector privado y la exportación a países de África subsahariana (con el compromiso, además, de renunciar a aplicar las patentes correspondientes en dichos países);
- conceder licencias equivalentes a otras dos entidades; y
- no aplicar cánones que superaran el 5% de las ventas netas del producto.

Además, GlaxoSmithKline acordó conceder licencias equivalentes a Thembalani Pharmaceuticals (una empresa conjunta de la filial sudafricana de Ranbaxy, uno de los grandes fabricantes de genéricos de la India, y Adcock Ingram Holdings). Finalmente, la organización Generic Antiretroviral Procurement Project y el proyecto Treatment de la Campaña de Acción pro Tratamiento suscribieron un acuerdo con Boehringer Ingelheim en virtud del cual la compañía les concedería una licencia no exclusiva y libre de derechos para importar y distribuir nevirapina en Sudáfrica.

Tailandia: Personas que viven con el SIDA impugnan la patente de una compañía sobre un medicamento antirretrovírico

AIDS Access Foundation y otros contra Bristol Myers-Squibb Company y Departamento de la Propiedad Intelectual, Tribunal Central de Propiedad Intelectual & Comercio Internacional, Expediente (Black Case) núm. Tor Por 34/2544, Expediente (Red Case) núm. 92/2545 (2002)

Tribunal y fecha del fallo

El fallo fue pronunciado por el Tribunal Central de Propiedad Intelectual y Comercio Internacional el 1 de octubre de 2002.¹⁰⁰

Partes implicadas

Los demandantes eran dos personas que vivían con el VIH y la organización no gubernamental tailandesa AIDS Access Foundation, que reclamaban el acceso a una versión genérica más económica del antirretrovírico didanosina (ddI). La demanda fue interpuesta contra la multinacional farmacéutica Bristol Myers-Squibb, titular de la patente del fármaco en Tailandia, y el Departamento de la Propiedad Intelectual del Gobierno tailandés.

Sentencia solicitada

Los demandantes solicitaron la invalidación, al menos parcial, de la patente de Bristol Myers-Squibb sobre la didanosina con el fin de permitir la producción y distribución en Tailandia de una versión genérica más económica del fármaco.

Resultado

El Tribunal falló a favor de los demandantes. En la sentencia, el Tribunal estimó que Bristol Myers-Squibb había intentado imponer la propiedad exclusiva de este producto farmacéutico excediendo los límites originalmente especificados en el registro de la patente al eliminar la frase “aproximadamente entre 5 y 100 mg por dosis” del derecho de patente de Bristol Myers-Squibb. El objetivo que se perseguía y que efectivamente se alcanzó era el de impedir la producción de versiones genéricas del producto y asegurar así el monopolio de la didanosina en Tailandia. El Tribunal consideró que esa frase restrictiva había sido eliminada de forma ilícita y ordenó al Departamento de la Propiedad Intelectual que la introdujera de nuevo en el documento de derecho de patente legítimamente exigido por Bristol Myers-Squibb. El Tribunal condenó a Bristol Myers-Squibb a asumir el pago de las costas de los demandantes.

¹⁰⁰ La información expuesta aquí ha sido adaptada, en parte, de K Kaplan et al. “Thailand: Successful Challenge to Invalid Patent Claim on Antiretrovirals”. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review* 2002; 7(2/3): 60-61 (disponible a través de www.aidslaw.ca). Los autores de ese resumen han realizado una traducción no oficial de la sentencia tailandesa original (archivada). Véase también: K Ahmad. Thailand court forces reversal of drug firm antiretroviral patent. *Lancet* 2002; 360: 1231.

Circunstancias y hechos materiales

Mediante la Organización Farmacéutica Gubernamental gestionada por el Estado, el Ministerio de Salud Pública tailandés suministraba versiones genéricas de alta calidad y a precios razonables de una serie de medicamentos antirretrovíricos. Sin embargo, cuando las patentes sobre los fármacos antirretrovíricos impedían la producción, legalmente la Organización Farmacéutica Gubernamental no podía fabricar una versión genérica a un precio más reducido sin infringir la patente, y el Gobierno tailandés se había mostrado reacio a conceder licencias obligatorias o a autorizar el uso gubernamental de las patentes a fin de ampliar la gama de medicamentos ofrecidos por la Organización. Así pues, a causa del precio, los medicamentos antirretrovíricos que no eran suministrados por la Organización continuaban fuera del alcance de la mayoría de las personas que vivían con el VIH en Tailandia. En este contexto, los activistas tailandeses en la lucha por el acceso al tratamiento ejercieron presión para lograr que el sistema de salud pública universal proporcionara una cobertura total del tratamiento antirretrovírico y para estimular, asimismo, una mayor implicación en la mejora de los servicios integrales relacionados con el VIH en los hospitales de todo el país.

Bristol Myers-Squibb, el fabricante de la didanosina, era titular de una serie de patentes tailandesas sobre el fármaco y gozaba, por tanto, de derecho exclusivo para fabricarlo, importarlo y venderlo en Tailandia. Éste incluía un derecho de patente que cubría la formulación amortiguada (*buffered*) en comprimidos del medicamento. Los activistas en la lucha contra el SIDA de Tailandia impugnaron públicamente la validez de la patente sobre la ddI basándose en el hecho de que añadir un antiácido para neutralizar los efectos del compuesto, una práctica habitual entre los fabricantes de medicamentos, no podía considerarse una innovación con derecho a protección de patente.

En 1999, los activistas exigieron al Gobierno que concediera una licencia obligatoria para autorizar a la Organización Farmacéutica Gubernamental a producir una versión genérica del medicamento. Esta medida estaba prevista en el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. Concretamente, el *Acuerdo* permite la concesión de licencias obligatorias para inventos patentados de acuerdo con una serie de condiciones, entre las cuales figura el pago de una “remuneración adecuada” al concesionario de la patente (Artículo 31). El Gobierno de los Estados Unidos, que había manifestado previamente su oposición a que el Gobierno tailandés concediera licencias obligatorias, comunicó a los activistas tailandeses de la lucha contra el SIDA que no pondría objeciones si el Gobierno tailandés decidía conceder una licencia obligatoria para abordar la crisis del SIDA, dado que sería en cumplimiento de lo estipulado en el *Acuerdo*.¹⁰¹

Sin embargo, los funcionarios de los ministerios tailandeses de Salud Pública y Comercio se negaron a responder oficialmente a la petición de los activistas y a emitir una licencia obligatoria. Como consecuencia, Bristol Myers-Squibb continuó siendo el único fabricante de Tailandia de ddI en su formulación amortiguada (*buffered*). En las fechas en que se interpuso la demanda, Bristol Myers-Squibb aplicaba un precio de 44 baht tailandeses por comprimido amortiguado de 100 mg de ddI (en aquel momento, 42 baht tailandeses = US\$1). Los tailandeses que vivían con el VIH que no podían permitirse los comprimidos patentados de ddI recurrían a la ddI genérica que la Organización Farmacéutica Gubernamental comercializaba en polvo. Este producto era más difícil de tomar porque era, por ejemplo, más incómodo de llevar que los comprimidos, resultaba más complicado ingerirlo con discreción ya que es necesario disolverlo en un líquido, y también producía más efectos secundarios tales como la diarrea. Estos problemas añadidos dificultaban la observancia de un régimen de tratamiento de combinación de diferentes medicamentos antirretrovíricos.

¹⁰¹ Carta de Joseph S. Papovich, representante de Comercio de los Estados Unidos, dirigida a Paisan Tan-Ud, presidente fundador de la Red Tailandesa de Personas que Viven con el VIH/SIDA (TNP+), fechada el 27 de enero de 2000.

Cuando se presentó en un inicio la solicitud de patente, Bristol Myers-Squibb especificó que la patente hacía referencia a un comprimido amortiguado que contenía entre 5 y 100 mg del ingrediente activo. Posteriormente, Bristol Myers-Squibb y el Departamento de la Propiedad Intelectual del Gobierno tailandés suprimieron esa restricción para introducirlo en el registro de patentes, con la pretensión de ampliar la patente de Bristol Myers-Squibb a toda fórmula que contuviera más de 100 mg por dosis. Esa patente imposibilitaba a un fabricante de genéricos como era la Organización Farmacéutica Gubernamental la fabricación de cualquier versión amortiguada de ddI en comprimidos.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El 9 de mayo de 2001, los demandantes interpusieron la impugnación legal del derecho de patente de Bristol Myers-Squibb sobre la ddI. Los impugnantes denunciaron que el registro de la patente para la fórmula del comprimido amortiguado de ddI había sido ilegalmente modificado en un intento de adjudicarse un monopolio más fuerte del que se justificaba en la descripción de la patente.

Bristol Myers-Squibb y el Departamento de la Propiedad Intelectual arguyeron que, dado que los demandantes no eran fabricantes de medicamentos y/o competidores de Bristol Myers-Squibb, la ley no podía reconocerlos como partes agraviadas por la ampliación del derecho de patente, y por consiguiente carecían de base para incoar una acción judicial. El Tribunal rechazó este argumento al estimar que los demandantes eran partes interesadas (y agraviadas) con derecho a interponer una demanda. El Tribunal declaró además que “los medicamentos son esenciales para la vida humana, a diferencia de otros productos respecto a los que los consumidores pueden escoger si quieren consumirlos o no” y que “los tratamientos para la vida y la salud trascienden la importancia de cualquier otra propiedad”. El Tribunal señaló que “esto fue reconocido internacionalmente” en el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y Salud Pública*, de la OMC. El Tribunal concluyó que las partes perjudicadas por la modificación ilegal de la patente no podían reducirse únicamente a los fabricantes de la competencia o vendedores del medicamento protegido por la patente.

Tras resolver este asunto preliminar —no por ello menos importante— el Tribunal analizó los fundamentos jurídicos de la denuncia. A este respecto, estimó que Bristol Myers-Squibb y el Departamento de la Propiedad Intelectual habían suprimido ilícitamente la frase “aproximadamente entre 5 y 100 mg por dosis” de la solicitud de patente, pretendiendo con ello bloquear la entrada en el mercado de competidores que vendieran versiones genéricas más económicas del medicamento.

El Tribunal ordenó la reinclusión de la frase restrictiva referente a la dosis que había sido eliminada de forma ilícita de la solicitud de patente. Asimismo, impuso a Bristol Myers-Squibb las costas procesales resultantes del procedimiento a la parte demandante.

Comentario

Este caso constituyó el primer procedimiento judicial de este tipo en la historia jurídica de Tailandia y fue llevado a cabo de principio a fin por activistas de la sociedad civil, que vieron la oportunidad y la necesidad de hacer uso del derecho para impugnar un acto de protección excesiva de una patente que estaba bloqueando el acceso a un medicamento necesitado por la mayoría de los tailandeses que vivían con el VIH.¹⁰² Cabe destacar el hecho de que el Tribunal citara directamente la Declaración de Doha de la OMC y la considerara de forma explícita un apoyo a su conclusión de que los derechos a la vida y a la salud pueden prevalecer sobre los simples derechos a la propiedad.

¹⁰² Para consultar otros análisis, véase: N Ford et al. The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand. *Lancet* 2004; 363: 560-63.

Algunos Estados y analistas han apuntado que la Declaración de Doha carece de importancia jurídica, y que es “meramente política”, pero probablemente sea incorrecto, como cuestión de derecho, y este caso constituye un ejemplo ilustrativo de cómo la Declaración ha influido también en las resoluciones judiciales de ámbito nacional.

Tras el fallo del Tribunal, los activistas de Tailandia instaron al Gobierno a ordenar que la organización farmacéutica estatal comenzara inmediatamente a fabricar el genérico amortiguado de ddI en comprimidos que contuvieran más de 100 mg. Los representantes de la Organización Farmacéutica Gubernamental afirmaron que podía fabricar el medicamento en una presentación de comprimidos amortiguados a la mitad del precio que estaba aplicando Bristol Myers-Squibb. El 16 de octubre de 2002, la Organización Farmacéutica Gubernamental anunció que fabricaría una versión genérica del comprimido amortiguado en dosis distintas a las protegidas por la patente de Bristol Myers-Squibb sobre las formulaciones entre 5 y 100 mg, siempre y cuando tuvieran la certeza de que Bristol Myers-Squibb no fuera a apelar el fallo.¹⁰³ En el momento de la publicación, no se había presentado ninguna apelación.

¹⁰³ P Thepgumpanat. Thailand takes on US giant over AIDS drug. Reuters, 9 de octubre de 2002; Thai government to begin producing didanosine. Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 18 de octubre de 2002 (con referencia al Financial Times, 17 de octubre de 2002); S Sivaram. Patient rights win over patent rights. Inter Press Service, 20 de octubre de 2002.

Ecuador: el Tribunal ordena al Gobierno que asegure el suministro de antirretrovíricos

Edgar Mauricio Carpio Castro y otros contra Programa Nacional del SIDA-VIH-ITS y Ministerio de Salud Pública, Tribunal Constitucional (Sala Tercera), Sentencia núm. 0749-2003-RA (2004)

Tribunal y fecha del fallo

En septiembre de 2003, los demandantes incoaron una acción judicial ante el tribunal de primera instancia, que pronunció la sentencia el 7 de octubre de 2003. La decisión fue apelada y el Tribunal Constitucional pronunció su fallo el 28 de enero de 2004.

Partes implicadas

Los demandantes eran cuatro personas que vivían con el VIH que necesitaban medicamentos antirretrovíricos. Los demandantes interpusieron una acción de amparo contra el ministro de Salud Pública y la directora del Programa Nacional sobre el VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual.

Sentencia solicitada

Los demandantes interpusieron una acción de amparo constitucional a fin de que sus derechos constitucionales fueran tutelados. Solicitaron una resolución judicial que ordenara al Estado reemprender inmediatamente el suministro de medicamentos antirretrovíricos de acuerdo con la cantidad, dosis y frecuencia prescritas por sus médicos, así como de pruebas de carga vírica, pruebas de recuento de linfocitos CD4/CD8, y pruebas genotípicas y fenotípicas, pruebas necesarias para recibir el tratamiento adecuado de antirretrovíricos.

Resultado

El tribunal de primera instancia falló a favor de los demandantes al concluir que el Estado había violado sus derechos constitucionales a la vida y a la salud, y ordenó al ministro de Salud y a la directora del Programa Nacional del VIH/SIDA e ITS la adopción de medidas urgentes para proporcionar tratamiento y pruebas adecuados (pruebas de carga vírica, de CD4/CD8). Sin embargo, el fiscal general y el ministro de Salud apelaron la decisión ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal confirmó la resolución del tribunal inferior y falló también a favor de los demandantes.

Circunstancias y hechos materiales

Entre julio y septiembre de 2002, docenas de personas que vivían con el VIH en el Ecuador presentaron peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitando una orden de medidas cautelares dado que el Estado no aseguraba, o se negaba a proporcionar, acceso a los medicamentos antirretrovíricos necesarios. Las peticiones fueron motivadas por el precedente establecido el año anterior en el caso de *Odir Miranda y otros contra El Salvador*, resumido más arriba.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 29/01, Expediente 12.249 (2001).

La Comisión decretó medidas cautelares en los casos de 153 de los solicitantes. (Tres de los cuatro demandantes de este caso se hallaban entre las 153 personas para las que la Comisión decretó medidas cautelares.)

Como resultado de esas órdenes, el Gobierno del Ecuador adoptó medidas para ofrecer en los hospitales públicos prestaciones sanitarias, entre ellas terapia antirretrovírica, a las personas que vivían con el VIH en aquel país. Gracias a ello, a los demandantes de este caso se les suministró atención médica, medicamentos antirretrovíricos y fármacos para infecciones oportunistas, y se les practicaron pruebas de laboratorio. Sin embargo, en mayo de 2003, uno de esos medicamentos antirretrovíricos (indinavir) se dejó de suministrar, y a partir de septiembre de 2003, ya sólo se suministraba uno de los fármacos antirretrovíricos. Esta interrupción en el suministro de medicamentos necesarios fue lo que motivó esta acción de amparo.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Los demandantes arguyeron que la privación de estos medicamentos vulneraba:

- el derecho a la vida tal como lo reconocía la Constitución nacional (Artículo 23.1), que establecía que el Estado garantiza la “inviolabilidad de la vida”;
- el derecho a la salud, reconocido en la Constitución (Artículos 42 y 43), que disponía que el Estado garantiza la protección de la salud y establecía que los programas y acciones de salud pública serán gratuitas; y
- el derecho a tratamiento gratuito del VIH/SIDA, previsto en la *Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA* (Artículo 6b) y en el *Reglamento para la Atención a las personas que viven con el VIH-SIDA* (Artículo 3) adjunto.

El Tribunal Constitucional comenzó su análisis con la afirmación de que el Estado del Ecuador debe proteger el derecho a la salud de su pueblo, tal como está previsto en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 (Artículo XI) y en el *Protocolo de San Salvador* de 1988 que complementa la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969. En el *Protocolo* (Artículo 10) queda recogido el acuerdo entre las partes de que todo el mundo tiene derecho a la salud, y el compromiso de reconocer la salud como un “bien público”; asimismo, las partes se comprometen en el citado artículo a adoptar, entre otras, medidas para “la prevención y el tratamiento de enfermedades endémicas [...] y de otra índole” y “la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

El Tribunal afirmó que “sin perjuicio de su autonomía, el derecho a la salud es parte del derecho a la vida.” Además, el argumentó que el derecho a la salud no sólo otorgaba a los ciudadanos el derecho a exigir al Estado la adopción de políticas, planes y programas en materia de salud general, sino que también lo obligaba a crear normativa, realizar investigaciones, establecer políticas públicas y crear para ello las entidades pertinentes y ponerlas a disposición de la población a fin de proteger y fomentar la salud. El Tribunal declaró que la Constitución estipulaba que el Estado deberá garantizar la promoción y protección de la salud (Artículo 42), y que los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos, mientras que los servicios públicos de atención médica lo serán para aquellos que los necesiten (Artículo 43).

Aparte de las normas constitucionales de carácter general, el Tribunal examinó también una serie de leyes ordinarias relativas al VIH y el SIDA y a la salud. Señaló que el objetivo de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud* de 2002 consistía en garantizar un acceso equitativo y universal a los servicios integrales de atención sanitaria mediante una red de servicios descentralizados, y que ese instrumento reflejaba el principio de solidaridad social de satisfacer las necesidades médicas de los colectivos más vulnerables de la población. De acuerdo con esto, el *Código de la Salud*

establecía que el Programa Nacional del VIH/SIDA e ITS formaba parte del esfuerzo obligatorio del Estado de promover la salud individual y colectiva, y que éste tenía la obligación de proporcionar medicamentos a todos los centros hospitalarios y de salud pública (Artículo 96). Esto se complementaba con la obligación del Ministerio de Salud de adquirir medicamentos para su distribución, tal como lo preveían la *Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA* de 2000 y el *Reglamento para las personas que viven con el VIH-SIDA* de 2002.

Curiosamente, el Tribunal Constitucional señaló expresamente también que el Ecuador había adoptado la *Declaración de compromiso sobre el VIH/SIDA* del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2001, en el que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a asegurar el acceso al tratamiento para todos y a establecer o fortalecer sistemas eficaces de supervisión para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH.

Tras estudiar las disposiciones jurídicas que eran de aplicación en el caso, el Tribunal dictaminó que, en virtud de las leyes constitucionales ecuatorianas, el Estado tenía obligaciones positivas respecto a los derechos sociales, los cuales constituían normas inmediatamente exigibles, con “pleno valor jurídico” y que eran aplicables por los tribunales. El Tribunal reconoció asimismo que, en este caso, el derecho a la salud era un derecho económico directamente exigible por los demandantes. Basándose en las consideraciones expuestas ante la sala, el Tribunal resolvió que el Ministerio de Salud había faltado a su obligación de asegurar el suministro de medicamentos antirretrovíricos que necesitaban los demandantes, causándoles así un perjuicio grave y violando los derechos protegidos por la Constitución nacional y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. El Ministerio había vulnerado los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los demandantes. Por consiguiente, el Tribunal concedió el amparo constitucional y ordenó al Ministerio de Salud que adoptara medidas inmediatas a fin de asegurar el acceso a los medicamentos antirretrovíricos necesarios cuyo suministro había sido interrumpido y a los servicios de las pruebas correspondientes, necesarias para determinar la correcta administración de los tratamientos.

Comentario

Este caso dio lugar a una sentencia histórica en el Ecuador, a pesar de que, en esa época, los asuntos abordados en el caso habían sido tratados ya en muchas otras jurisdicciones de América Latina. En las sentencias de los tribunales de esta región son ya habituales las referencias a los instrumentos regionales sobre derechos humanos. Sin duda, instrumentos tales como el *Protocolo de San Salvador*, y concretamente las referencias al derecho a la salud consagrado en el mismo, reciben un mayor grado de atención y de aplicación activa en los tribunales de América Latina que en los norteamericanos. De igual modo, resulta significativo que el Tribunal invocara la *Declaración de compromiso sobre el VIH/SIDA* de la Asamblea General de las Naciones Unidas, una resolución no vinculante, para respaldar sus conclusiones, demostrando con ello que la Declaración puede constituir en algunas ocasiones un instrumento útil para la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos.

III. La prevención y la atención relacionadas con el VIH en las prisiones



Colombia: la Corte apoya los derechos de los reclusos VIH-positivos

Pedro Orlando Ubaque contra Director, Prisión Nacional Modelo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-502/94 (1994)

Tribunal y fecha del fallo

El tribunal de primera instancia, el Juzgado Penal Municipal de Bogotá núm. 79, emitió la primera resolución el 24 de mayo de 1994. En la apelación, la Corte Constitucional dictó su sentencia el 4 de noviembre de 2004.

Partes implicadas

El demandante, Pedro Orlando Ubaque, interpuso una demanda contra el director de la Prisión Nacional Modelo.

Sentencia solicitada

El demandante Ubaque solicitaba que los reclusos VIH-positivos del Pabellón 3 de la Prisión Nacional Modelo fueran realojados en otra zona de la prisión donde pudieran “vivir con más dignidad”.

Resultado

La Corte Constitucional dictaminó que el director de la prisión disponía de un plazo de tres meses para terminar las obras de mejora del Pabellón núm. 3 (el “pabellón del VIH/SIDA”). La decisión respecto a la posibilidad de que los reclusos fueran trasladados a otra sección de la prisión durante la realización de esos trabajos se dejó en manos del director.

Circunstancias y hechos materiales

En el momento del proceso, la información existente sobre la prevalencia del VIH en la población penitenciaria de Colombia era incompleta y poco fiable. Algunos informes hacían referencia a unas tasas de prevalencia de entre el 1% y el 3 %, aunque los observadores apuntaron que probablemente la tasa real de prevalencia era entre 10 y 35 veces superior a las cifras recogidas en las estadísticas oficiales.¹⁰⁵

El demandante era un recluso del Pabellón núm. 3 de la Prisión Nacional Modelo, el “pabellón del VIH/SIDA” donde se alojaba a todos aquellos presidiarios que se sabía que vivían con el VIH. El demandante alegó que las condiciones de vida en el pabellón eran tan reprobables que las celdas resultaban inhabitables. En concreto, el recluso arguyó que:

... el pabellón donde estamos ubicados es inhabitable por la humedad que existe ya que estamos encima de un aljibe que reparte agua para toda la población reclusa, por este motivo el agua se nos filtra a algunas celdas y en las que no se filtra el agua, la humedad las tiene deterioradas, y eso nos afecta a nuestra salud y nos produce alergias respiratorias y dolor en los huesos por el frío que producen las habitaciones, ya que estamos en un recinto cerrado al que escasamente entra aire.

¹⁰⁵ Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA. “Informe preliminar sobre la situación de los privados de la libertad y el VIH / SIDA en Colombia” (sin fecha), disponible en www.laccaso.org/pdfs/prisioncol.pdf.

El demandante alegó que el director de la prisión tenía pleno conocimiento de la situación porque había inspeccionado el pabellón. Según el demandante, el director se había comprometido a realojar a los reclusos en otra parte de la prisión en un plazo de ocho días, mientras se llevaba a cabo la reparación del pabellón, pero todavía no se había adoptado ninguna medida.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

En primer instancia, el tribunal municipal desestimó la petición del demandante. El tribunal consideró que se habían mejorado las condiciones de las celdas. El tribunal estimó, asimismo, que no era conveniente trasladar a los reclusos a otra parte de la prisión y argumentó que no era una buena política que los reclusos VIH-positivos convivieran con otros presidiarios. El tribunal declaró que:

[S]abido es que el virus del SIDA es una amenaza para la salud pública, [y que] su enfermedad epidemiológica, mortal y sin tratamiento curativo hasta ahora, impone que por todos los medios posibles se procure una protección integral como la que se está proporcionando a estas personas en la Prisión Nacional Modelo; estando obligada la Dirección, también, a tomar las precauciones necesarias para evitar la expansión de esta amenaza real y creciente contra la salud pública (sic).

El demandante apeló la resolución del tribunal municipal. Como asunto preliminar, se requirió a la Corte Constitucional que resolviera si el demandante podía interponer la demanda en su propio nombre y en el de otros reclusos del mismo pabellón de la prisión. El tribunal rechazó la iniciativa del demandante, alegando que no había ningún fundamento en el que el demandante pudiera basarse para representar a sus compañeros reclusos.

En el aspecto sustantivo del caso, se pidió a la Corte Constitucional que resolviera si las condiciones de encarcelamiento, particularmente las condiciones ambientales en las celdas, constituían una amenaza para los derechos del demandante y, en concreto, para su derecho a la vida y a la salud. La Corte convino en que las autoridades de la prisión ya habían intentado procurar a los reclusos VIH-positivos algunas condiciones especiales, principalmente en lo relacionado con los servicios médicos y dentales y en la provisión de una zona de descanso para que pudieran disfrutar de una particular calidad de vida. Sin embargo, la Corte consideró que el pabellón de la prisión donde el demandante se encontraba ubicado tenía un nivel de humedad que afectaba a la salud del recluso y ponía su vida en peligro, dada la especial sensibilidad o propensión de las personas VIH-positivas a contraer enfermedades a causa de las deficiencias de su sistema inmunitario. La Corte estimó que “a pesar del hecho que las autoridades de la prisión habían emprendido algunos trabajos y habían intentado esforzarse más para mejorar las condiciones físicas, sanitarias y ambientales del pabellón,” se exigía al director que se realizaran más mejoras, en el plazo de tiempo establecido, si se querían respetar los derechos a la salud y a la vida del demandante.

La Corte citó y dio su aprobación a una resolución anterior¹⁰⁶ que sostenía que las personas VIH-positivas o los enfermos de SIDA gozaban de los mismos derechos que les eran reconocidos a otras personas y que, debido a la naturaleza y gravedad de su enfermedad, las autoridades estaban obligadas a proporcionar especial protección a las personas VIH-positivas para garantizar sus derechos humanos y su dignidad y evitar cualquier forma o acto de estigma o discriminación en su contra.

La Corte no planteó directamente la cuestión de la segregación de los reclusos VIH-positivos. En su lugar, dejó en manos del director de la prisión la decisión sobre la posibilidad de trasladar a los reclusos, la cual debía estudiarse de acuerdo con “un criterio racional”.

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-505/92 (2002).

Comentario

La resolución de la Corte Constitucional abordó el tema de las condiciones de la prisión, teniendo en consideración el derecho a la vida y el derecho a la salud. Las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* (1955) estipulan que:

Los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.¹⁰⁷

Esta resolución fue más allá del ampliamente aceptado principio de las *Reglas de las Naciones Unidas* sobre el derecho de los reclusos, como mínimo, al mismo nivel de asistencia disponible en la comunidad, y reconoció que los reclusos VIH-positivos requerían una medidas especiales de protección a causa de su propensión a contraer varias enfermedades, infecciones y afecciones, particularmente cuando se encontraban confinados en un ambiente insalubre. Sin embargo, la Corte no aprovechó la oportunidad para examinar la política de segregación de los reclusos VIH-positivos del resto de reclusos de la prisión. Las directrices de la OMS de 1993 sobre la infección por el VIH y el SIDA en las prisiones (*WHO Guidelines on HIV infection and AIDS in prison*) estipulaban que:

Dado que la segregación, el aislamiento y las restricciones en actividades de trabajo, deporte y ocio no se consideran útiles ni pertinentes en el caso de las personas infectadas por el VIH en la comunidad, se debería adoptar la misma actitud con los reclusos infectados por el VIH. Las medidas de aislamiento por motivos de salud únicamente deberían ser adoptadas por personal médico, y siguiendo los mismos razonamientos que para el público en general, de acuerdo con las normas y leyes de salud pública. Los derechos de los reclusos no deben limitarse más de lo que, por motivos médicos, sea estrictamente necesario...¹⁰⁸

Las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de las Naciones Unidas declaran que el aislamiento y la segregación de reclusos VIH-positivos son contrarios a las normas de los derechos humanos. En la Cuarta Directriz se recomienda que las medidas para adoptar con respecto a los reclusos tengan en cuenta lo siguiente:

Las autoridades penitenciarias deberían adoptar todas las medidas necesarias, en particular personal suficiente, vigilancia eficaz y sanciones disciplinarias adecuadas, con miras a proteger a los reclusos frente a la violación, la violencia y la coacción sexuales. Las autoridades penitenciarias también deberían dar a los reclusos —y al personal penitenciario, en su caso— la posibilidad de recibir información y educación sobre prevención del VIH, someterse voluntariamente a la prueba del VIH y recibir asesoramiento, beneficiarse de los medios de prevención (preservativos, desinfectante y material de inyección estéril), recibir tratamiento y atención, y participar voluntariamente en pruebas clínicas relacionadas con el VIH; también deberían garantizar la confidencialidad y prohibir las pruebas obligatorias, la segregación y la denegación de acceso a instalaciones carcelarias, así como los privilegios y los programas de excarcelación para los reclusos infectados por el VIH. En cambio, debería considerarse la posibilidad de excarcelar anticipadamente, por razones humanitarias, a los reclusos que tengan SIDA.¹⁰⁹

Habría sido más alentador si la Corte hubiera decidido estudiar la cuestión de los derechos humanos de la segregación de reclusos que viven con el VIH y proporcionar una orientación más concreta, basada en estas normas internacionales, al director de la prisión y a otros funcionarios del Gobierno responsables de la política de las cárceles en Colombia.

¹⁰⁷ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1955): Artículo 10

¹⁰⁸ Organización Mundial de la Salud. *Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons* (1993), Párr. 27.

¹⁰⁹ *El VIH/SIDA y los Derechos Humanos: Directrices Internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, 1998, Párr. 29.

Hong Kong: reducción de pena por motivos humanitarios para reclusos que viven con el VIH

R contra Lo Chi Keung, (1996) 3 HKCA 155 ***HKSAR contra Vásquez Tarazona Jesús Juan, (2001)*** **941 HKCU 1**

Tribunal y fecha del fallo

El primer caso, *Lo Chi Keung*, fue resuelto por el Tribunal de Apelación en 1996. El segundo caso, *Jesús Juan*, fue resuelto en 2001 por el Tribunal Superior del Tribunal de Primera Instancia de la Región Administrativa Especial de Hong Kong.

Partes implicadas

En ambos casos, los demandantes eran reclusos convictos. En el primer caso, el demandado era la Corona británica, ya que Hong Kong era todavía una colonia británica. El segundo caso surgió una vez que Hong Kong pasó a formar parte de China, lo cual significa que el Gobierno de la Región Administrativa de Hong Kong era la parte demandada.

Sentencia solicitada

En ambos casos, los demandantes solicitaron una reducción de pena por motivos humanitarios basándose en su condición de VIH-positivos. En el primer caso, el demandante de 27 años había sido declarado culpable por un delito relacionado con armas y estaba cumpliendo una pena de ocho años en la Prisión de Stanley. En el segundo caso, el demandante, un hombre de nacionalidad chilena, había sido declarado culpable por un delito de conspiración y falsificación de documentos (realización de un pasaporte falso) y estaba cumpliendo una pena de 13 meses en la Prisión de Stanley, junto a una pena que ya había cumplido.

Resultado

En ambos casos, el Tribunal rechazó la petición de reducción de la pena. Las sentencias del Tribunal se enfocaron de forma parecida.

Circunstancias y hechos materiales

Hong Kong, una antigua colonia británica, se convirtió oficialmente en una “Región Administrativa Especial” de la República Popular de China en 1997 tras la partida del último gobernador británico. Hong Kong había reconocido la epidemia de VIH y había adoptado medidas para desarrollar una política de respuesta. También contó durante algún tiempo con un creciente número de organizaciones de la sociedad civil que trabajaban en la lucha contra el VIH. Así pues, el primero de estos dos casos fue presentado ante un tribunal de la Corona y en un momento en que los reclusos en Hong Kong no disponían de acceso a la terapia antirretrovírica. El segundo caso fue visto por un sistema judicial que continuaba siendo todavía más británico que chino. Sin embargo, la experiencia de Hong Kong en la respuesta al VIH estaba siendo cuidadosamente observada por una emergente sociedad civil que desempeñaba un importante papel en la lucha contra el VIH en la República Popular de China.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

En ambos casos, la cuestión fundamental era si se podía aplicar una reducción de la pena de prisión por razones humanitarias basadas en el estado serológico positivo respecto al VIH de los reclusos; ambos demandantes solicitaban dicha reducción. En ambos casos, las demandas fueron impugnadas por el Estado.

En el primer caso, *Lo Chi Keung*, a pesar de que una carta de uno de los responsables médicos de la Prisión de Stanley confirmaba el estado serológico respecto al VIH del demandante, el Tribunal observó que no existía ninguna prueba sobre si el demandante se encontraba próximo a un estado terminal de su enfermedad y si la Prisión de Stanley podría proporcionarle los “medios adecuados y apropiados” para su cuidado. Dejando una puerta abierta a la reconsideración en caso de que el estado del demandante empeorara, el tribunal declaró: “No hallamos justificación alguna para estudiar una reducción por motivos humanitarios de la penas impuestas al demandante Estamos seguros de que las autoridades vigilarán atentamente el estado del demandante para autorizar a su debido tiempo la solicitud de un procedimiento especial de excarcelación anticipada para un hombre con su enfermedad.”

En el segundo caso, *Jesús Juan*, se realizó una observación similar en la sentencia, donde se señalaba además que un empeoramiento del estado de salud del demandante garantizaría una revisión de la demanda. En este caso, el Tribunal señaló que la “desafortunada condición médica” del demandante en este caso era un factor que inducía a la “compasión humana”, pero declaró que era deber del Tribunal “tratar los delitos de forma razonablemente firme” en las sentencias penales.

Un caso posterior ante el Tribunal de Apelación de Hong Kong¹¹⁰ dio lugar a una resolución similar dictada a un demandante con una condena por tráfico de drogas, al cual, sin embargo, se le había aplicado una reducción de su pena de ocho años por padecer un cáncer de tiroides. En este caso, los efectos adversos de la enfermedad y el tratamiento incluían hipocalcemia (con náuseas y vómitos), por lo cual el demandante había sido hospitalizado. El Tribunal en este caso declaró:

La historia clínica [del demandante] sirve de poco a la hora de imponer la pena. En su caso el demandante ya padecía la enfermedad cuando fue acusado y está bien establecido que, salvo en raras excepciones, la condición médica de un acusado no es motivo suficiente para que el tribunal contemple la atenuación de la condena. Las autoridades de la prisión garantizarán el tratamiento adecuado que ya se le ha proporcionado desde el momento de su detención.

El Tribunal declaró que el cáncer de tiroides de este caso debería haber sido tenido en cuenta por el tribunal que dictó la primera sentencia. En este caso, de un modo parecido al del caso de VIH antes mencionado, el Tribunal declaró:

Generalmente, la salud no es un motivo de atenuación de una condena perfectamente correcta, particularmente en delitos graves....Sin embargo, no desaprobamos la sugerencia de que en algunos casos extremos y cuando sea apropiado, el tribunal esté autorizado a tener en cuenta dichas cuestiones, haciendo un balance equilibrado del interés público y teniendo en cuenta la excepcional situación de dificultad padecida por el acusado.

El Tribunal sostuvo que cuanto más grave es un delito, mayor es el interés público y mayor la necesidad de mantener una pena estricta. El tráfico de drogas ha sido citado como ejemplo de un delito de máxima gravedad.

¹¹⁰ HKSAR contra *Tsang Wai Kei*, [2003] HKEC 1056.

Comentario

Se puede decir que los casos de permisos por razones humanitarias tienen más que ver con valores humanitarios que con los derechos humanos. El *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (Artículo 7) prohíbe los castigos crueles o inusuales, que podrían ser citados como fundamento en casos relacionados con el indulto humanitario de reclusos enfermos, aunque al parecer no se aplicó en estos casos. Las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos* no prevén directamente la reducción de penas por motivos humanitarios, aunque declaran que los responsables médicos deberían informar a los directores de la prisión cuando consideren “que la salud física o mental de un recluso se ha visto o se verá perjudicada por un encarcelamiento continuado,” lo cual sugiere que deberían tomarse medidas en dichas circunstancias. Las *Directrices internacionales de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* recomiendan que “debería considerarse la posibilidad de excarcelar anticipadamente, por razones humanitarias, a los reclusos que tengan SIDA,”¹¹¹ aunque éste no es un instrumento legalmente vinculante.

Los casos de excarcelación anticipada no plantean necesariamente las cuestiones sobre el “derecho a la salud” que surgen, por ejemplo, en una demanda judicial por cierto tipo o calidad de asistencia médica a los reclusos o por los servicios de prevención tales como la limpieza del equipo de inyección. En los casos en los que la infección por el VIH es anterior a la condena de prisión, como en estos casos de Hong Kong, tampoco se puede presentar ninguna prueba de transgresión por parte del Estado por no prevenir la infección. Los casos como éstos suscitan cuestiones más subjetivas, tales como el dictamen del grado de sufrimiento relacionado con la enfermedad de un recluso y la medida en que el sistema médico de la prisión puede aliviar dicho sufrimiento, así como quizás la naturaleza discrecional de un dictamen más general. No obstante, cabe destacar que los reclusos VIH-positivos pueden permanecer en gran parte asintomáticos durante largos períodos de tiempo, ante lo cual podría argumentarse que esperar a que empeore la enfermedad para que los tribunales ordenen la excarcelación por motivos humanitarios constituye una violación de su derecho a la salud si la enfermedad pudiera someterse a una mejor vigilancia o ser tratada con mayor inmediatez fuera de la prisión. En estos casos no se esgrimió dicho argumento.

¹¹¹ *El VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, 1998, Párr. 29 (e).

Reino Unido: suministro de preservativos a los reclusos

R. contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior a instancia propia de Glen Fielding [1999] EWHC Admin. 641 (Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division)

Tribunal y fecha del fallo

Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, julio de 1999 (recurso de apelación pronunciado en enero de 2000).

Partes implicadas

El demandante del caso era un varón homosexual encarcelado en el centro penitenciario de Littlehey, una prisión del Estado, donde no podía obtener preservativos. La demanda interpuesta por la parte demandante fue impugnada por el Ministerio del Interior del Gobierno del Reino Unido, bajo cuya jurisdicción se hallan las prisiones.

Sentencia solicitada

Mientras se encontraba en Littlehey, el demandante había podido conseguir que le enviaran preservativos desde fuera de la prisión, pero fueron confiscados y sometidos al control de los servicios médicos de la prisión, los cuales le denegaron el acceso a los mismos. Más tarde fue trasladado a una prisión privada, donde le proporcionaron preservativos sin dificultad. Posteriormente fue puesto en libertad, pero siguió adelante con la demanda. Cuando el caso fue visto por el Tribunal, el demandante ya no solicitaba acceso a preservativos dado que ya no se encontraba en la Prisión de Littlehey, sino que solicitó un cambio en la política del Ministerio del Interior, que sólo permitía a los reclusos acceder a preservativos a través de los médicos de la prisión.

Resultado

La política del Ministerio del Interior fue aprobada en la sentencia de 1999 y en la apelación presentada en 2000. Es decir, se confirmó que sólo se tendría acceso a los preservativos mediante prescripción de un médico de la prisión.

Circunstancias y hechos materiales

El Ministerio del Interior presentó las medidas sobre el acceso a preservativos en las cárceles en una carta de 1995 en la que otorgaba a los médicos de las prisiones total libertad “en la aplicación de su criterio clínico” para prescribir preservativos a reclusos concretos. En la carta se estipulaba que los reclusos no tendrían acceso a los preservativos salvo a través de los servicios médicos de la prisión. Se afirmaba además que el objetivo de la política era preservar la salud, especialmente respecto al riesgo de transmisión del VIH, y no “fomentar la homosexualidad”. La carta añadía que “nuestra recomendación legal se basa en que, de hecho, puede existir un riesgo legal en caso de no proporcionar preservativos en las circunstancias en que corresponda hacerlo por omisión del deber de proveer los cuidados adecuados” y que, por ese motivo, era conveniente instar a los médicos a prescribir tanto preservativos como lubricantes “cuando, de acuerdo con su criterio médico, exista un riesgo evidente de infección por el VIH a causa de una conducta sexual de riesgo.” En 1997, sin embargo, cuando el demandante se encontraba en la Prisión de Littlehey y solicitó acceso a los preservativos, el responsable médico

de la prisión, concedor de su potestad para distribuir preservativos en “circunstancias poco comunes y excepcionales,” determinó que no existían pruebas clínicas que justificaran una medida tan excepcional en el caso del demandante.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El demandante alegó que, dado que es posible que los reclusos no sepan si ellos mismos o sus compañeros sexuales son VIH-positivos —aun disponiendo de acceso a las pruebas del VIH, el “período silente” entre la infección y la seroconversión detectable es tan grande que el VIH podría no ser detectado en una de esas pruebas— deberían tener acceso sin restricciones a los preservativos. Expuso que si un recluso se presentaba él mismo a las autoridades para pedir preservativos, éstas deberían llegar a la conclusión de que tenía la intención de realizar una penetración sexual, la cual por definición “conlleva el riesgo de propagación del VIH y...por consiguiente, no hay duda de cuál debe ser el dictamen médico.” El abogado del demandante también esgrimió la falta de acceso a los preservativos como una violación del respeto a la vida privada del demandante según la *Convención Europea de Derechos Humanos*. Posteriormente, afirmó que no podía existir ninguna “razón de política pública” para que los reclusos que decidían adoptar medidas para protegerse mediante la adquisición de preservativos por su cuenta no pudieran hacerlo. Arguyó que era “irracional” denegar a los reclusos que podían permitírsele la posibilidad de adquirir preservativos por medios privados.

El Tribunal concedió inmediatamente que el director médico de la Prisión de Littlehey podía haber malinterpretado la política del Ministerio del Interior sobre preservativos al denegar al demandante el acceso a los preservativos, siendo “significativamente más restrictivo...de lo que una interpretación imparcial” de la política habría justificado. En cuanto al argumento esgrimido por el demandante de que la política era “irracional”, el Tribunal se mostró en desacuerdo y lo justificó presentando, entre otros, los siguientes argumentos:

El suministro de preservativos a petición podría razonablemente entenderse como una forma de fomentar la homosexualidad, y el Tribunal declaró que el Servicio de la Prisión tenía derecho a evitar una política que pudiera dar esa impresión.

“[L]os preservativos tienen usos distintos a aquéllos para los cuales fueron diseñados,” y, por consiguiente, controlar en cierta medida los preservativos como producto de consumo debería ser una prerrogativa de los Servicios de la Prisión.

“El mero hecho de que una persona afirme que quiere un preservativo no significa que sea un auténtico homosexual, ni significa necesariamente que tenga la intención de realizar una penetración ni ningún otro tipo de actividad sexual peligrosa, ni tampoco significa necesariamente que haya dado en verdad su consentimiento para realizar la actividad que fuere.” Por consiguiente, es conveniente que sean los médicos quienes juzguen si el preservativo se ha solicitado por “auténticas razones de salud”.

El Tribunal también declaró que el demandante, en principio, tenía el derecho a ser respetado, según la *Convención Europea de Derechos Humanos*, por su orientación sexual “y sus consecuencias prácticas”, pero señaló que a diferencia de la mayoría de los reclusos (con lo que se supone que quería decir heterosexuales), “el encarcelamiento no le impide en absoluto expresar su homosexualidad.” Sin embargo, afirmó el Tribunal, aquí la cuestión principal es la salud y no el derecho a mantener relaciones sexuales.

El Tribunal también sostuvo que el Ministerio del Interior debería redactar con mayor claridad su política para evitar interpretaciones excesivamente restrictivas de la misma. Este punto de vista fue reiterado por el Tribunal de Apelación, que confirmó el fallo contra la solicitud del demandante.

Comentario

Las *Directrices internacionales de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* recomiendan el suministro de preservativos en las prisiones. La falta de acceso a los preservativos por parte de los reclusos podría contradecir en apariencia uno de los principios fundamentales de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*:¹¹² que los reclusos tengan acceso al mismo nivel de servicios que el resto de la comunidad. Los preservativos son productos básicos fácilmente accesibles y asequibles en el Reino Unido. Este principio de equivalencia fue reiterado por la Organización Mundial de la Salud en las *Directrices sobre la Infección por el VIH y el SIDA en las Prisiones* en 1993, en las que también se declaraba que los “reclusos deberían tener acceso a los preservativos durante el período de su detención.”¹¹³

Los preservativos han pasado a considerarse un elemento esencial de la prevención del VIH y, por tanto, resulta lógico entenderlos como parte de los servicios destinados a “disfrutar del más alto nivel posible de salud” garantizados en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Artículo 12), suscrito por el Reino Unido. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que es el organismo experto encargado de controlar y promover el cumplimiento de las obligaciones de los Estados previstas en el *Pacto*, ha emitido un “Comentario general” sobre el derecho humano a la salud. En dicho documento se declara que los Estados que han suscrito el Pacto están obligados a respetar el derecho a la salud “absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los reclusos y detenidos” y absteniéndose también de “limitar el acceso a los anticonceptivos y a otros medios de preservar la salud sexual y reproductiva.”¹¹⁴

De acuerdo con los Servicios de Prisiones del Reino Unido en el momento de la publicación, la política sobre los preservativos en las prisiones del Reino Unido continuaba estableciendo la prescripción médica como única forma de obtención de preservativos para los reclusos. Las organizaciones no gubernamentales del Reino Unido han declarado que, aunque en teoría la obtención de preservativos a través de los médicos de prisión es posible, en la práctica resulta casi imposible para los reclusos de la mayoría de las prisiones obtener preservativos de forma confidencial o proteger su derecho a la privacidad, un derecho garantizado por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Artículo 17). Además, las organizaciones no gubernamentales del Reino Unido han informado de que la eficacia de los preservativos en la prevención de la transmisión del VIH u otras infecciones de transmisión sexual se ha visto minada por los largos periodos de tiempo que transcurren desde que los reclusos solicitan los preservativos a los responsables médicos hasta que los reciben.

¹¹² Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1955).

¹¹³ Organización Mundial de la Salud. Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons (1993), p. 5.

¹¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. (Comentario general núm. 14), Naciones Unidas, Docontra E/CONTRA12/2000/4 (2000), Párr. 34 y 35.

Australia: la acción judicial promueve cambios en las políticas sobre preservativos en las prisiones

Reclusos A-XX Inclusive contra Estado de Nueva Gales del Sur (1995) 38 NSWLR 622.

Tribunal y fecha del fallo

El tribunal de primera instancia dictó su sentencia el 5 de octubre de 1994. En la apelación, el Tribunal de Apelación, Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur, dictó su sentencia el 29 de junio de 1995. En la siguiente apelación, el Tribunal Supremo de Australia pronunció su sentencia el 23 de noviembre de 1995.¹¹⁵

Partes implicadas

Los demandantes eran cincuenta presidiarios de centros penitenciarios de Nueva Gales del Sur que interpusieron una demanda contra el estado de Nueva Gales del Sur. La acción fue iniciada por el Aboriginal Legal Service (servicio jurídico de los aborígenes).

Sentencia solicitada

Los reclusos solicitaban un requerimiento judicial que obligara al gobierno de Nueva Gales del Sur a reformar sus políticas sobre preservativos en las prisiones. En la demanda solicitaban:

- una orden en la que se estipulara que el estado de Nueva Gales del Sur, por medio del comisario de Servicios Correccionales y el director general del Departamento de Servicios Correccionales, debía autorizar a los demandantes y a otros reclusos varones de las prisiones de Nueva Gales del Sur a tener en su posesión preservativos y hacer uso de ellos;
- una declaración de que la decisión de no proporcionar o no permitir la posesión ni el uso de preservativos por parte de los reclusos varones incurría en una omisión del deber de asistir a los demandantes que tiene el estado de Nueva Gales del Sur; y
- una orden que dictara que el estado de Nueva Gales del Sur proporcionaría preservativos y permitiría la posesión y el uso de los mismos a los demandantes y a otros reclusos varones de las prisiones de Nueva Gales del Sur.

Resultado

El tribunal de primera instancia desestimó dos de las tres pretensiones de los demandantes y declaró que la tercera habría de redactarse de nuevo para poder ser interpuesta únicamente a nombre de los cuatro demandantes agraviados en lugar de ser interpuesta como demanda conjunta en representación de todo el grupo de reclusos. En la apelación, el Tribunal de Apelación del estado confirmó esta sentencia. El Tribunal Supremo de Australia denegó el recurso de apelación.

¹¹⁵ El texto de la sentencia del Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur se puede consultar en www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct/unrep110.html y la transcripción del proceso ante el Tribunal Supremo de Australia puede igualmente consultarse en www.austlii.edu.au. Para más información sobre este caso, véanse: R Jürgens. Australia: Prisoners Sue for the Right to Condoms. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 1994; 1(1): 5; R Jürgens. Australia: Update on Prison Condom Case. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* (1993) 1(3): 3; I Malkin. The Role of the Law of Negligence in Preventing Prisoners' Exposure to HIV While in Custody, in: *HIV/AIDS in Prisons*. Montreal, Canadian HIV/AIDS Legal Network, 1996 (Apéndice 1), disponible en www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons/APP1.html.

Circunstancias y hechos materiales

Hasta mediados del decenio de 1990, el Departamento de Servicios Correccionales de Nueva Gales del Sur (al igual que la mayoría de los sistemas australianos) se oponía a la distribución de preservativos. A pesar de que las autoridades eran conscientes de que en las prisiones había actividad sexual, se apostó por la educación como principal medida de prevención del VIH. Aunque finalmente la demanda presentada ante los tribunales no prosperara, el caso ejerció presión sobre el gobierno para que introdujera cambios en la política.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Los presidiarios alegaron que la decisión de no suministrar preservativos ni permitir su posesión o uso a los reclusos varones

- era, por ilógica, constitutiva de un uso indebido del poder;
- daba lugar a un procedimiento de *habeas corpus* (una orden escrita exigiendo que se investigara la legitimidad de la detención de una persona); y
- constituía un incumplimiento del deber de asistencia a los reclusos por parte del Departamento.

En primera instancia, el juez rechazó los dos primeros razonamientos. Con respecto al tercer razonamiento —que la política constituía un incumplimiento del deber de asistencia a los reclusos por parte del Departamento—, el juez declaró que la demanda se tenía que volver a redactar para interponerla únicamente en nombre de cuatro de los agraviados y no como demanda colectiva presentada en representación de cincuenta reclusos.

Los reclusos apelaron la resolución del juez arguyendo que deberían poder:

- acogerse al procedimiento de *habeas corpus*;
- acogerse a la Carta Magna; y
- seguir adelante con la demanda conjunta en nombre de los cincuenta en lugar de enmendar sus alegatos y pretensiones.

El Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur rechazó los argumentos relativos al procedimiento de *habeas corpus* tras estudiar diversas sentencias británicas, canadienses y norteamericanas. También rechazó los argumentos basados en la contravención de la Carta Magna. Finalmente, desestimó la tercera base de la apelación al concluir que las razones expuestas por el tribunal inferior para restringir el número de demandantes respondían al debido ejercicio de la potestad. Estas razones consistían en asegurar que la variedad de cuestiones fácticas en litigio fuera adecuada, que consecuentemente quedaran establecidas directrices para litigantes y casos futuros, y que el caso fuera gestionado con eficacia.

Los reclusos solicitaron al Tribunal Supremo de Australia una autorización especial para interponer una apelación basada en la capacidad para acogerse a un procedimiento de *habeas corpus* y a la cuestión de la Carta Magna. El Tribunal Supremo declaró que no existían razones suficientes para dudar de la corrección de la resolución del Tribunal de Apelación y les denegó la autorización especial para interponer apelación.

Aunque los tres argumentos de la apelación al Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur fueron desestimados (sentencia que fue confirmada en la apelación al Tribunal Supremo de Australia), la resolución del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur no impedía la continuación del proceso judicial: los argumentos basados en la negligencia permanecieron intactos.

El juez no estaba dispuesto a permitir la impugnación de la “decisión de la política” de no proporcionar preservativos en las prisiones y alegó que la revisión judicial de una cuestión que implicaba “consideraciones políticas” conduciría a traspasar “el poder político del Parlamento y del electorado a los tribunales.” Sin embargo, al proseguir agregó que “se adoptarían diferentes consideraciones si los reclusos alegaban un incumplimiento del deber para con ellos como personas”. Aunque las decisiones de política en sí mismas no sean revisables por el Tribunal, sus efectos —un incumplimiento del deber de asistencia a los reclusos— sí lo son.

Si se estableciera un deber de asistencia, cabía la posibilidad de emitir un mandato, aunque sería novedoso, para impedir el acto de negligencia. Sin embargo, el Tribunal señaló que habría problemas para probar un derecho de asistencia en este caso: se podría declarar que los reclusos contribuían a la negligencia o que asumían voluntariamente el riesgo a ser perjudicados. En todo caso, aunque se considerara que los reclusos habían sido negligentes, seguiría existiendo una negligencia por parte del gobierno. Además, cualquier consideración de asunción voluntaria de riesgo “seguramente debería ser matizada preguntando cuántas acciones realizadas por los reclusos son realmente voluntarias.”

Si bien el Tribunal de Apelación citó detalladamente la resolución del juez a este respecto, no criticó en modo alguno la esencia de lo que dicho juez había declarado. En relación con el fallo, el Tribunal de Apelación declaró (en el párrafo 8):

Su Señoría no halló motivo alguno para que, llegado el caso, el Tribunal no emitiera un mandato a fin de impedir el delito de negligencia, aun sin prueba de perjuicio. En consecuencia, si los apelantes pudieran demostrar mediante pruebas que la privación del uso de preservativos que les impone el Departamento constituye un incumplimiento del derecho de asistencia que les asiste, tendrían derecho a desagravio por mandato judicial.

El Tribunal de Apelación concluyó (en el párrafo 39): “Sólo les resta a los apelantes solicitar a la Common Law Division que enmiende la formulación de la demanda de tal forma que concuerde con las órdenes del juez y las conclusiones a las que ha llegado este Tribunal.”

Curiosamente, en la argumentación oral ante el Tribunal Supremo de Australia, el procurador general del estado de Nueva Gales del Sur aceptó el fallo en que el juez declaró que cuatro de los demandantes podían presentar demandas por un acto de negligencia. Anunció que se trataría de una defensa basada en consideraciones relativas a las políticas.

Comentario

“Dado el creciente peligro que suponen el VIH y la hepatitis en las prisiones, puesto de relieve por los casos de seroconversión ocurridos en centros penitenciarios, existen más razones que nunca para utilizar un enfoque jurídico mediante un procedimiento antiguo y un tanto flexible con el propósito de conseguir un cambio sustantivo en la política penitenciaria: los reclusos pueden ser capaces de demostrar la necesidad de cambios en la postura de las autoridades y los gobiernos de la prisión mediante la interposición de una demanda por negligencia.”¹¹⁶ La importancia jurídica de este caso radica en el hecho de que se reconoce, aunque con reservas, que dicha demanda por negligencia podría ser interpuesta en el futuro.

Las directrices internacionales que contienen datos y pruebas sobre salud pública contribuyen a establecer el nivel adecuado de asistencia que deben proporcionar los funcionarios de prisiones

¹¹⁶ I Malkin. “The Role of Law of Negligence in Preventing Prisoners’ Exposure to HIV While in Custody”, Apéndice 1 de: *HIV/AIDS in Prisons*. Canadian HIV/AIDS Legal Network, 1996, disponible en www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons/APP1.html.

a la hora de responder al VIH. De acuerdo con las directrices de la OMS de 1993, el caso del suministro de preservativos en prisiones está claro:

[T]odos los reclusos tienen derecho a recibir asistencia sanitaria, incluidas medidas preventivas, equivalentes a las disponibles en la comunidad sin discriminación, en particular con respecto a su condición jurídica o nacionalidad. [...] Dado que en las prisiones se mantienen relaciones sexuales con penetración, a pesar de estar prohibidas, los reclusos deberían tener acceso a preservativos durante todo el período de reclusión.¹¹⁷

Este caso dio lugar a importantes cambios en las políticas respecto al suministro de preservativos para reclusos en Nueva Gales del Sur. En 1996, gracias —al menos en parte— a la acción judicial, el gobierno de Nueva Gales del Sur decidió poner preservativos a disposición de los reclusos de todos los centros penitenciarios tras evaluar positivamente los resultados de un programa de distribución de preservativos puesto a prueba en una serie de prisiones de Nueva Gales del Sur.

¹¹⁷ WHO Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons. (versión original de 1993, reeditada en 1999), UNAIDS/99.47/E, pp. 4–5.

Sudáfrica: acceso de reclusos al tratamiento antirretrovírico

Van Biljon y otros contra Ministro de Servicios Correccionales y otros (1997) 50 BMLR 206, Tribunal Superior (Sala Provincial del Cabo de Buena Esperanza)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal Superior (Sala Provincial del Cabo de Buena Esperanza) dictó esta sentencia en 1997.¹¹⁸

Partes implicadas

Los demandantes eran cuatro internos VIH-positivos de la Prisión de Pollsmoor, en Ciudad del Cabo. Los principales demandados, responsables del encarcelamiento de los reclusos, eran el ministro de Servicios Correccionales, el comisario de Servicios Correccionales y el director de la Prisión de Pollsmoor. El ministro de Sanidad y Seguridad Social de la Provincia del Cabo Occidental era también uno de los demandados aunque con responsabilidades menos pertinentes para la demanda.

Sentencia solicitada

Los demandantes solicitaban un dictamen en el que se declarara que tenían derecho a recibir medicamentos antirretrovíricos subvencionados por el Estado.

Resultado

Prosperaron las demandas de los dos primeros demandantes. En los casos en los que el tratamiento antirretrovírico de combinación había sido prescrito por los médicos a determinados reclusos, dichos reclusos tenían el derecho constitucional a un nivel adecuado de tratamiento médico, el cual incluía el suministro de esos medicamentos a cargo del Estado. Las demandas del tercer y el cuarto demandante fueron desestimadas.

Circunstancias y hechos materiales

Cuando se vio este caso, en la República de Sudáfrica no se suministraban medicamentos antirretrovíricos subvencionados por el Gobierno, aunque aquéllos que se lo podían permitir tenían la posibilidad de acceder a algunos fármacos en clínicas privadas. Los médicos habían llegado al acuerdo de suministrar antirretrovíricos a las personas VIH-positivas con un recuento de linfocitos CD4 inferior a 500 si se trataba de personas sintomáticas.

Unos cuantos años antes de que se pronunciara esta sentencia y tras una demanda previa relacionada con el suministro de antirretrovíricos, al primer demandante (van Biljoen) se le prescribió una terapia de combinación que incluía AZT gracias a un acuerdo alcanzado con las autoridades de la prisión. Cuando le concedieron la libertad condicional, acudía a un hospital para que le administraran AZT y él mismo cubría los gastos. Posteriormente, fue declarado culpable de otro delito y condenado a seis años de prisión, donde inicialmente le fue denegado el acceso a medicamentos antirretrovíricos,

¹¹⁸ Obsérvese que unas ocasiones se hace referencia al caso como Biljon contra Ministro de Servicios Correccionales, y en otras como B contra Ministro.

aunque al final se le suministraron dichos medicamentos subvencionados por el Estado. Más tarde se escapó de la prisión. Mientras se encontraba fugado, no tuvo acceso a los antirretrovíricos porque carecía de fondos. Después de su detención, fue internado en Pollsmoor, donde no recibió medicamentos antirretrovíricos. El médico de cabecera privado que le examinó confirmó que su recuento de linfocitos CD4 era de 298 y recomendó que se le administrara AZT con ddC o 3TC, una recomendación más tarde repetida por un facultativo de un hospital de fuera de la prisión, pero no recibió esta terapia. Ésta es la tercera demanda que interpone contra las autoridades.

El segundo demandante, que cumplía una pena de diez años, tenía un recuento de linfocitos CD4 de 148. Su estado médico estaba empeorando. Se le había prescrito AZT y ddI. Aunque durante algún tiempo había satisfecho los gastos de los medicamentos con su propio dinero, ya no podía seguir haciéndolo.

El tercer y el cuarto demandantes también tenían un recuento bajo de linfocitos CD4, pero no se les prescribieron medicamentos antirretrovíricos. En el momento de las demandas y la resolución, el Departamento de Servicios Correccionales no contaba con unas directrices claras en relación con los reclusos VIH-positivos y el acceso a los medicamentos antirretrovíricos.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Este caso suscitó tres cuestiones importantes relativas a los derechos constitucionales de las personas que viven con el VIH y con SIDA en Sudáfrica:

- si los reclusos VIH-positivos que han alcanzado la fase sintomática de la enfermedad y cuyo recuento de linfocitos CD4 es inferior a 500 tienen derecho a recibir el tratamiento antirretrovírico adecuado;
- si el costo de este tratamiento debería ser subvencionado por el Estado; y,
- de un modo más tangencial, si la omisión del Estado en lo que se refiere al suministro del tratamiento a reclusos VIH-positivos sería inconstitucional.

El Tribunal no dudó en declarar que los demandantes, como todos los reclusos, tenían derecho a tratamiento y asistencia médica subvencionados por el Estado. Así pues, el Tribunal centró su análisis en el alcance de este derecho y las correspondientes obligaciones que recaían sobre el sistema correccional.

Sobre la cuestión de si los reclusos con un recuento de linfocitos CD4 inferior al umbral clínicamente aceptado debían recibir terapia antirretrovírica, el Tribunal señaló que la decisión correspondía a los expertos médicos. En base a este razonamiento, se interrumpirían los trámites de los casos del tercer y cuarto demandantes, dado que ningún experto médico había ordenado que se les administrara terapia antirretrovírica. En cuanto a los dos primeros demandantes, a los que se les había prescrito medicamentos antirretrovíricos, el Tribunal procedió a examinar si el Estado debía subvencionar esas terapias. La discusión giraba en torno a qué se entiende por “un tratamiento médico adecuado”, tal como garantizaba la Constitución y como se había sido examinado en algunos casos anteriores sobre los derechos de los reclusos.

Las autoridades correccionales demandadas alegaron que los reclusos no deberían tener derecho a más de lo que se dispensa generalmente a la comunidad. Arguyeron que un tratamiento “adecuado” para reclusos no incluía medicamentos antirretrovíricos porque las personas que estaban en libertad y presentaban el mismo cuadro clínico que los demandantes no tenían derecho a medicamentos antirretrovíricos subvencionados por el Estado. Afirmaron, además, que dentro del sistema de salud las decisiones de esa índole común dependían del criterio discrecional de las autoridades públicas, y que dicho criterio estaba en función de los recursos disponibles y de las demás exigencias a las que el sistema tenía que responder.

El Tribunal rechazó este argumento y señaló que la alegación de falta de fondos no constituye una respuesta satisfactoria a la reivindicación del derecho subjetivo de un recluso a tratamiento médico adecuado, protegido constitucionalmente. La Constitución de Sudáfrica garantiza a los reclusos el derecho fundamental a asistencia médica. No existen garantías similares para aquéllos que están fuera de prisión. Y lo que es más importante, el Tribunal afirmó que "...de hecho, al Estado le era exigible un mayor deber de asistencia a los internos VIH-positivos que a los ciudadanos en general que padecen la misma infección."¹¹⁹ De acuerdo con el Tribunal, el concepto de tratamiento médico adecuado no está totalmente determinado por lo que el Estado proporciona a los pacientes de VIH fuera de las prisiones.

Además, habida cuenta del hacinamiento y las malas condiciones higiénicas en las que los reclusos viven y los riesgos que suponen para su salud, el Tribunal declaró:

Aunque esté [...] aceptado como principio general que los internos no tienen derecho a un tratamiento médico mejor que el proporcionado por el Estado a los pacientes fuera de las prisiones, este principio no [...] puede aplicarse a los reclusos infectados por el VIH. Puesto que el Estado está manteniendo estas prisiones en condiciones en las que los internos son más vulnerables a contraer infecciones oportunistas que los pacientes con VIH que no se encuentran en prisión, el tratamiento médico adecuado que el Estado debe proporcionarles ha de tener mayor capacidad para mejorar sus sistemas inmunitarios que aquél que el Estado suministre a los pacientes con VIH fuera de las prisiones.¹²⁰

Según el Tribunal, el tratamiento solicitado por el primer y el segundo demandantes (a los que les habían sido prescritos medicamentos antirretrovíricos) significaba "sin más, el tratamiento médico adecuado"¹²¹ al que tenían derecho constitucional. Por consiguiente, la terapia antirretrovírica que se les había prescrito ya por razones médicas debía serles suministrada y el tratamiento debía mantenerse durante todo el periodo tiempo que se les siguiera prescribiendo.

Comentario

Como más tarde observó un analista, si bien aparentemente el caso supuso una gran victoria para los reclusos VIH-positivos de Sudáfrica, desde el punto de vista práctico la victoria no fue tal; la razón quizás resida en que no se ejerció una presión política que incluyera la presión judicial¹²² o tal vez en que el panorama general respecto al suministro de antirretrovíricos en el país era poco prometedor. Al final, los demandantes no pudieron recibir todos los medicamentos que les habían sido prescritos, y las autoridades correccionales rápidamente desarrollaron una política sobre el VIH y el SIDA que fue criticada por no satisfacer el nivel de asistencia propuesto en la sentencia. A la postre, el sistema correccional podía decidir quién recibía y quién no recibía tratamiento antirretrovírico en la prisión porque ejercía control sobre el acceso de los reclusos a los médicos autorizados para prescribir dicho tratamiento.

Esta sentencia no sólo reflejaba sino que en realidad mejoraba el principio aceptado desde hacía ya mucho tiempo de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* (1955) que estipulaba que los reclusos tenían derecho, por lo menos, al mismo nivel de asistencia disponible en la comunidad. En su fallo, el Tribunal no sólo respetó este principio, sino que argumentó con contundencia que los reclusos podían verse desfavorecidos por condiciones perjudiciales que no estaban presentes en la comunidad y que, por consiguiente, podían necesitar un nivel de asistencia incluso superior para compensar dichos perjuicios.

¹¹⁹ Van Biljon, Párr. 51.

¹²⁰ *Ibíd.*, Párr. 54.

¹²¹ *Ibíd.*, Párr. 60.

¹²² Prof. Pierre de Vos. "Prisoners' Rights Litigation in South Africa Since 1994: A Critical Evaluation." Civil Society Prison Reform Initiative Research Paper, Serie núm. 3 (noviembre de 2003), disponible a través de www.nicro.org.za/CSPRI.

Al menos a primera vista, la sentencia era considerablemente pionera por cuanto sugería que, en el caso de los reclusos, la responsabilidad que el Estado debía asumir no se limitaba a la “aplicación progresiva” del “más alto nivel posible” de salud, tal como quedaba recogido en el Artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y en otros tratados internacionales sobre derechos humanos. Las restricciones presupuestarias constituyen el argumento más común que cualquier Estado alegaría en su defensa para explicar un nivel insuficiente de servicios de salud pública, un argumento admisible de acuerdo con la disposición del *Pacto Internacional* donde se recoge el compromiso de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto “hasta el máximo de recursos disponibles” (Artículo 2). En este caso, el argumento de los límites presupuestarios relativos a los hospitales de dentro y fuera del sistema de salud penitenciario, fue rechazado por el Tribunal en reconocimiento de la total dependencia de la asistencia del Estado que existe en el caso los reclusos. A los dos demandantes a los que se les habían prescrito medicamentos antirretrovíricos y que, por consiguiente, podían demostrar su condición mediante la valoración médica de los expertos, el Tribunal les reconoció con firmeza el derecho al más alto nivel posible de asistencia.

Si bien este caso no marcó un hito en el derecho a la salud de los reclusos, tal como habría cabido esperar, la confianza depositada por el Tribunal en los principios de los derechos humanos en los que se apoya el derecho a la salud consagrado en la Constitución de Sudáfrica fue digna de mención y sentó un importante precedente para futuras acciones de defensa de los derechos a la salud de todos los reclusos.

Canadá: un recluso logra cambiar la política de la prisión y ampliar el acceso a la terapia de mantenimiento con metadona

Strykiwsky contra Mills y Canadá (Comisionado Correccional y Servicio Correccional del Canadá), Tribunal Federal del Canadá – Sala de Primera Instancia núm. T-389-00 (2000)

Tribunal y fecha del fallo

La vista se celebró el 30 de abril de 2002 ante la Sala de Primera Instancia del Tribunal Federal del Canadá. El caso se resolvió el 2 de mayo de 2002, antes de que se pronunciara una sentencia.

Partes implicadas

El demandante Strykiwsky era un interno de una institución federal que solicitaba acceso al tratamiento de mantenimiento con metadona para tratar su adicción a los opiáceos. El demandado Mills era el director del centro penitenciario durante el periodo que Strykiwsky permaneció internado. Los otros demandados eran el comisionado Correccional (el director administrativo del Servicio Correccional del Canadá) y el Servicio Correccional del Canadá.

Sentencia solicitada

El demandante solicitaba acceso al tratamiento de mantenimiento con metadona para él y para todos los reclusos recluidos en prisiones federales que reunieran las condiciones médicas requeridas y desearan recibir el tratamiento. Los demandados rechazaron su petición. El demandante presentó una solicitud para la revisión judicial de esa resolución y la persistente negativa del Servicio Correccional del Canadá a poner en marcha un programa más amplio de tratamiento de mantenimiento con metadona en las prisiones federales. El demandante solicitó una orden que declarara que el Servicio Correccional del Canadá tenía el deber legal de proporcionar acceso a la metadona a los internos que reunían las condiciones médicas para recibir ese tratamiento y que obligara al Servicio Correccional del Canadá a suministrarle el tratamiento y poner en marcha el programa.

Resultado

Las partes implicadas acordaron resolver el caso porque, dos días después de que el Tribunal conociera el caso del demandante, el Servicio Correccional del Canadá adoptó una política de ampliación del acceso a la terapia de mantenimiento con metadona.

Circunstancias y hechos materiales

El Servicio Correccional del Canadá es responsable de la asistencia y el control de los reclusos de las prisiones federales canadienses (es decir, aquéllos que están cumpliendo una condena de prisión de dos años o más). Los datos indican que el consumo de drogas intravenosas era sustan-

cialmente más frecuente entre los reclusos que entre la población canadiense en general.¹²³ En una encuesta realizada en 1995, el 11% de los reclusos declaró que habían consumido drogas intravenosas durante el periodo de reclusión. Las tasas de infección por el VIH, el virus de la hepatitis B (VHB) y el virus de la hepatitis C (VHC) eran considerablemente más elevadas entre los reclusos que consumían drogas intravenosas que entre los que no lo hacían.¹²⁴ A finales de 2000, los datos indicaban que el 1,66% de los reclusos federales era VIH-positivo y que el 19,2% estaba infectado por el virus de la hepatitis C.¹²⁵ Puede ser, no obstante, que estos datos estadísticos estén por debajo de los datos reales, ya que la prueba era voluntaria y el estigma y la discriminación, también en las prisiones, continuaban representando un obstáculo para las pruebas.

En la época en que Strykiwsky interpuso la demanda, el Servicio Correccional del Canadá tenía unas directrices sobre los requisitos que debían reunir los internos para recibir el tratamiento de mantenimiento con metadona. Según las directrices de la Fase 1, eran candidatos para recibir el tratamiento los reclusos que previamente hubieran tenido acceso al mismo en la comunidad. Asimismo, existían unas directrices para circunstancias “excepcionales” aplicables a aquellos internos que no hubieran recibido tratamiento antes de ingresar en prisión. De acuerdo con estas directrices, era necesario demostrar que:

- i) los tratamientos y programas disponibles habían fallado;
- ii) la salud del recluso continuaba peligrando gravemente a causa de la adicción; y
- iii) existía la imperante necesidad de una intervención inmediata. Según las directrices de la Fase 1 y los criterios excepcionales, Strykiwsky y otros muchos reclusos dependientes de opiáceos que no había tenido acceso al TMM (tratamiento de mantenimiento con metadona) antes de ingresar en prisión no reunían las condiciones para recibir MMT.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

Strykiwsky arguyó que el Servicio Correccional del Canadá y los otros demandados habían actuado ilegalmente al no poner en marcha la ampliación del programa de tratamiento de mantenimiento con metadona que estaba planificada, la llamada Fase 2 de las directrices sobre el tratamiento de mantenimiento con metadona. También planteó que los demandados habían actuado ilegalmente al denegarle atención sanitaria básica, es decir, el programa de tratamiento y todos los servicios de atención sanitaria correspondientes. El demandante solicitó una revisión judicial, mediante la cual un tribunal está autorizado a revisar la resolución de un actor legal basándose en los principios del derecho administrativo y en otros razonamientos jurídicos. Strykiwsky se acogió a la *Ley de régimen penitenciario y libertad condicional*. En particular, la sección 86 de esta Ley establece que el Servicio Correccional del Canadá proporcionará a todo interno atención de salud básica y acceso razonable a aquellos servicios no básicos de salud que contribuyan a la rehabilitación y la reinserción satisfactoria del interno en la comunidad. La Ley también estipula que la asistencia sanitaria debe ajustarse a las prácticas profesionalmente aceptadas. El demandante se acogió también a tres secciones de la *Carta de derechos y libertades del Canadá*, la cual forma parte de la Constitución. La Sección 7 de la Carta garantiza el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. La Sección 12 garantiza el

¹²³ Véase: Centre for Infectious Disease Prevention and Control, Health Canada, y Correctional Service of Canada. *Infectious Disease Prevention and Control in Canadian Federal Penitentiaries 2000-01*. Ottawa: CSC, 2003; Canadian Public Health Association. *A Health Care Needs Assessment of Federal Inmates in Canada*. *Canadian Journal of Public Health* 2004; 95 (Suppl 1):S1-S63, disponible en www.cpha.ca/shared/cjph/archives/CJPH_95_Suppl_1_e.pdf.

¹²⁴ Para obtener los datos mencionados en esta sección, véanse los resúmenes ofrecidos en: Canadian HIV/AIDS Legal Network. “HIV/AIDS in Prisons” (3ª edición, 2004), una serie de 13 hojas informativas sobre el tema, disponible en www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons.htm.

¹²⁵ Canadian HIV/AIDS Legal Network. *Action on HIV/AIDS in Prisons: Too Little, Too Late – A Report Card*. Montreal, 2002, en pp. 3-4, disponible a través de www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/prisons.htm.

derecho a no ser sometido a ningún trato o castigo cruel o inusual. La Sección 15 garantiza el derecho a la igualdad.

Según las actas del acuerdo, los demandados admitieron que los reclusos con adicción a los opiáceos tienen “derecho a recibir tratamiento de mantenimiento con metadona como servicio de atención de salud básico” de acuerdo con las nuevas directrices sobre el tratamiento de mantenimiento con metadona.

El 2 de mayo de 2002, el Servicio Correccional del Canadá amplió el acceso a la metadona de acuerdo con las nuevas directrices, y suprimió la Fase 1 y las directrices excepcionales.¹²⁶ En las directrices sobre servicios de salud se mencionó oficialmente el programa de tratamiento de mantenimiento con metadona. Las nuevas directrices del tratamiento de mantenimiento con metadona establecían los criterios de admisión en el programa y los criterios de admisión prioritaria. La admisión prioritaria se concedería a las internas con adicción a los opiáceos que estuvieran embarazadas (incluso cuando el riesgo de recaída fuera elevado) y a los internos e internas con adicción a los opiáceos que fueran VIH-positivos, necesitaran tratamiento para la hepatitis C o hubieran sufrido recientemente una sobredosis con peligro para la vida o una enfermedad relacionada con su adicción. También se dio prioridad a los internos que fueran a ser puestos en libertad en el plazo de seis meses y tuvieran planes de acceder a un centro dispensador de metadona en la comunidad a su salida de prisión.

Comentario

Como consecuencia directa de este caso, y del cambio de política que promovió, los internos opiáceodependientes del Servicio Correccional del Canadá han disfrutado de un acceso muy ampliado al tratamiento de mantenimiento con metadona. Los criterios de acceso al tratamiento para reclusos eran esencialmente equivalentes a los criterios estipulados para la admisión en programas similares de la comunidad. Aunque la solicitud de revisión fue presentada por un solo interno, el caso provocó un cambio en la política de gran repercusión. Antes de este caso, el Servicio Correccional del Canadá solía resolver este tipo de casos mediante el suministro de tratamiento al recluso en cuestión, logrando así que no existiera ningún fallo judicial al que pudieran acogerse otros reclusos. Strykiwsky incluyó expresamente en su demanda a “todos los internos federales que reunieran las condiciones médicas requeridas y desearan recibir ” el tratamiento y se negó a negociar un acuerdo sólo para sí. De ese modo, el Servicio Correccional del Canadá no pudo resolver el caso ofreciendo tratamiento únicamente a Strykiwsky. Así, el servicio se vio obligado a elegir entre ampliar el acceso al tratamiento o dejar que el Tribunal dictara la orden oportuna.

La importancia del caso reside también en que Strykiwsky fue representado por un centro jurídico de derecho de interés público. La disponibilidad de un servicio de asistencia jurídica financiado con dinero público ha sido decisivo en los cambios de las políticas penitenciarias promovidos mediante acciones jurídicas. Tradicionalmente, los reclusos apenas han tenido acceso a servicios de asistencia jurídica, especialmente en países donde los recursos financieros son limitados o donde los abogados privados no están dispuestos a representar a los reclusos *pro bono*.

¹²⁶ Correctional Service Canada. *Methadone Treatment Guidelines*. Directiva 800-1 del Comisionado (2 de mayo de 2002), disponible en www.csc-sccntracgcontra.ca/text/plcy/cdshtm/800-1-gl_e.shtml.

Sudáfrica: acuerdo histórico para un ex recluso infectado por el VIH en prisión

***PW* contra Departamento de Servicios Correccionales de Sudáfrica (1997–2003)**

Tribunal y fecha del fallo

El litigio se inició en 1997 y, en febrero de 2003, se alcanzó un acuerdo fuera de los tribunales.

Partes implicadas

El demandante (conocido como PW) interpuso una demanda contra el Departamento de Servicios Correccionales de Sudáfrica.

Sentencia solicitada

El demandante, que se había infectado por el VIH mientras se encontraba en prisión, presentó una demanda por futuros gastos médicos, pérdida de ingresos y daños y perjuicios generales por conceptos tales como el dolor y el sufrimiento. Los medios de comunicación informaron de que el demandante reclamaba más de 1,1 millones de rands (aproximadamente US\$ 179.000).¹²⁷

Resultado

El caso fue resuelto fuera de los tribunales y las condiciones del acuerdo eran confidenciales. Los medios de comunicación informaron de que el demandante suscribió un acuerdo por 150.000 rands sudafricanos (aproximadamente US\$ 25.000 de aquel tiempo). Se sabe que el Departamento de Correcciones “negó cualquier responsabilidad legal” por la infección de PW pero admitió que los reclusos no estuvieron autorizados a tener preservativos hasta 1996.

Circunstancias y hechos materiales

El Departamento de Servicios Correccionales de Sudáfrica ha calculado que la tasa de prevalencia entre la población penitenciaria es del 3%, aunque ha admitido que una cifra “tan baja es poco realista”.¹²⁸ El Instituto de Estudios de Seguridad ha calculado que la tasa de prevalencia del VIH en los centros penitenciarios asciende al 45%.¹²⁹

El recluso PW permaneció internado en la Prisión de Pollsmoor desde noviembre de 1993 hasta diciembre de 1994, y durante la mayor parte de este período las pruebas del VIH revelaron que el estado serológico del interno era negativo. Mientras estuvo recluido, el interno mantuvo una relación sexual con un hombre VIH-positivo. El demandante declaró que ignoraba el estado serológico respecto al VIH de su compañero en el momento de su relación. Alegó que las autoridades responsa-

¹²⁷ Former South African prison inmate awarded “landmark” court settlement after being infected with HIV in prison. Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 14 de febrero de 2003; Former inmate suing South African prison over HIV infection. Kaiser Daily HIV/AIDS Report, 10 de junio de 2002.

¹²⁸ KC Goyer South Africa, HIV/Aids in Prison: Problems, Policies and Potential (Monografía N° 79). Institute for Security Studies (Instituto de Estudios de Seguridad), febrero de 2003, disponible en www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No79/Content.html, en el capítulo 3.

¹²⁹ *Ibíd.*

bles hacían caso omiso y toleraban la práctica de relaciones sexuales en las prisiones, pero a la vez privaban a todos los reclusos de acceso a preservativos. El 27 de noviembre de 1994, poco antes de su puesta en libertad, PW dio positivo en la prueba del VIH.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

El demandante PW presentó una demanda contra el Departamento de Servicios Correccionales de Sudáfrica en 1997. En los informes judiciales, PW alegó que las autoridades de la prisión tenían conocimiento de que las relaciones sexuales entre internos eran “habituales” y de que una “proporción sustancial” de los reclusos eran VIH-positivos. PW arguyó además que las autoridades no hicieron nada para impedir las relaciones sexuales entre internos ni permitieron que los reclusos sexualmente activos accedieran a preservativos con el fin de reducir el riesgo de infección por el VIH. El Departamento de Servicios Correccionales admitió estos hechos.

PW argumentó que esta política de prohibición de preservativos no contribuía en modo alguno a alcanzar los fines para los que se había conferido a las autoridades responsables el poder sobre el control y la gestión de la prisión. El demandante señaló que la política fue revocada en 1996 sin ningún efecto negativo. El Departamento de Servicios Correccionales admitió que la política se había modificado, pero no que fuera innecesaria.

PW arguyó que si las políticas de la prisión hubieran sido diferentes, no habría podido mantener dicha relación sexual o hubiera podido reducir el riesgo de contraer el VIH mediante el uso de preservativos. En su demanda, afirmó que la conducta de las autoridades de la prisión era constitutiva de un acto de negligencia con arreglo al derecho común y que vulneraba la Ley de Servicios Correccionales de 1959. Además declaró que el Departamento de Servicios Correccionales había violado sus derechos constitucionales, en particular:

- el derecho a ser detenido en condiciones que respeten la dignidad humana y a recibir tratamiento médico adecuado subvencionado por el Estado;
- el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona;
- el derecho a no ser sometido a tortura de ningún tipo, ya sea física, mental o psicológica, y a no ser objeto de trato o castigo cruel, inhumano o degradante;
- el derecho a la vida; y
- el derecho al respeto y a la protección de su dignidad.

Comentario

Dado que el caso se resolvió mediante acuerdo, no hubo ningún pronunciamiento judicial en el que se analizaran los fundamentos jurídicos de las alegaciones expuestas por PW y el litigio tampoco sentó precedente jurídico. Sin embargo, este caso sirvió para ilustrar el uso de la vía judicial para lograr que un gobierno asuma las consecuencias que tienen sus políticas y sus acciones en la salud de las personas. En 1996, el Departamento de Servicios Correccionales desarrolló una nueva política sobre la gestión del VIH y el SIDA en las prisiones. En 2000, esta política se complementó mediante una estrategia de gestión del VIH/SIDA en las prisiones. La estrategia de gestión iba dirigida tanto a los internos como al personal penitenciario.

En sus *Guidelines on HIV Infection and AIDS in Prisons* de 1993 (directrices sobre la infección por el VIH y el SIDA en las cárceles), la Organización Mundial de la Salud declaró que “todos los reclusos deberían disponer de preservativos durante todo el periodo de su detención.” Las Directrices de la OMS ejercieron cierta influencia en la decisión del Departamento de Servicios Correccionales de modificar su política. Asimismo, es probable que el caso de infección por el VIH de

PW durante su estancia en prisión, junto a la clara posibilidad de un conflicto legal, contribuyeran a acelerar la introducción de cambios en la política penitenciaria. Tal como se mencionó anteriormente, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* estipulan que:

Las autoridades penitenciarias también deberían dar a los reclusos —y al personal penitenciario, en su caso— la posibilidad de recibir información y educación sobre la prevención del VIH, someterse voluntariamente a la prueba del VIH y recibir asesoramiento, beneficiarse de los medios de prevención (preservativos, desinfectante y material de inyección estéril), recibir tratamiento y atención...¹³⁰

En su política escrita, el Departamento de Servicios Correccionales se comprometió a proporcionar educación sobre el VIH y preservativos a los reclusos “en la misma medida en que se proporcionan los preservativos en la comunidad”.¹³¹ Aunque este elemento de la política cumple las directrices internacionales, el siguiente párrafo establece que:

Un recluso no podrá obtener preservativos antes de recibir educación o asesoramiento en relación con el SIDA, el uso de preservativos y los peligros que entrañan las “conductas de alto riesgo.” Cuando un recluso reciba asesoramiento, ello deberá quedar registrado en su expediente médico.¹³²

Esta disposición ha impedido que la disponibilidad de preservativos en los centros penitenciarios sea la misma que en la comunidad. El requisito impuesto a los reclusos de hablar con el personal médico o profesionales sanitarios ha impuesto limitaciones reales en el acceso de los reclusos a los preservativos. Sello Cornelius, el presidente del Consejo del VIH/SIDA de las prisiones locales de Sudáfrica —una asociación dirigida por reclusos y dedicada a organizar campañas de concienciación y educación, y grupos de apoyo—, ha insinuado que a los internos les “incomoda” tener que hablar con el funcionario médico de la prisión para conseguir preservativos. Como consecuencia, muy pocos reclusos se dirigen a los profesionales sanitarios con este fin. “Les desalienta la [falta de] privacidad,” declaró Cornelius.¹³³ Otros estudios han apoyado las críticas que denuncian que, en la práctica, pocos reclusos han solicitado preservativos.¹³⁴

¹³⁰ El *VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, (1998), Cuarta Directriz, Párr. 29(e).

¹³¹ Department of Correctional Services. *Management Strategy: AIDS in Prisons: Provision of Condoms to the Prison Population*, Pretoria, 17 de mayo de 1996, citado en: Goyer, supra (en Capítulo 3).

¹³² *Ibíd.*

¹³³ South Africa feeling the impact of HIV in prisons. IRIN PlusNews (sin fecha), disponible en www.plusnews.org/webspecials/HIV-in-prisons/SouthAfrica.asp.

¹³⁴ Goyer, supra.

Sudáfrica: libertad condicional para reclusos en fase terminal

Stanfield contra Ministro de Servicios Correccionales y otros (2003), 12 BCLR 1384 (Tribunal Superior – Sala Provincial del Cabo de Buena Esperanza)

Tribunal y fecha del fallo

La sentencia del Tribunal Superior (División provincial del Cabo de Buena Esperanza) fue pronunciada en 2003.

Partes implicadas

El demandante Stanfield era un interno de 48 años que había cumplido aproximadamente la tercera parte de una condena de seis años y se hallaba en fase terminal. Los demandados eran funcionarios del Departamento de Servicios Correccionales.

Sentencia solicitada

El demandante solicitó la libertad condicional inmediata habida cuenta del poco tiempo de vida que le quedaba, que deseaba pasarlo junto a su familia.

Resultado

El Tribunal concedió al demandante la libertad condicional. Las autoridades médicas de la prisión trataron de revocar el fallo, pero el Tribunal rechazó la petición.

Circunstancias y hechos materiales

Varios expertos médicos estimaron que al demandante Stanfield le quedaba como máximo un año de vida a causa de un carcinoma microcítico complicado por una cardiopatía isquémica. A pesar de que el demandante padecía una enfermedad terminal distinta al SIDA, la sentencia del Tribunal en este caso tuvo en consideración múltiples cuestiones que guardaban una relación directa con la situación de los reclusos que viven con el VIH en Sudáfrica.

Las tasas de prevalencia del VIH en los centros penitenciarios de Sudáfrica han constituido un motivo de controversia pública. En 2003, las estimaciones del Instituto de Estudios de Seguridad, un centro de investigación sin ánimo de lucro de Sudáfrica, indicaban que hasta un 45% de los 175.000 reclusos de Sudáfrica era VIH-positivo.¹³⁵ El Departamento de Servicios Correccionales ha barajado la cifra del 3%, aunque ha admitido, en ocasiones, que se trata de una estimación a la baja. En 2003, el juez inspector de prisiones señaló que el porcentaje podría ascender al 60%, una opinión rebatida por las autoridades penitenciarias. En 1999, un estudio sobre los centros penitenciarios de Sudáfrica reveló que el 90% de las defunciones de reclusos internos estaban relacionadas con el VIH y el SIDA. En la mayoría de los países, la prevalencia del VIH es más elevada en la población reclusa que en la

¹³⁵ KC Goyer. South Africa, HIV/Aids in Prison: Problems, Policies and Potential (Monografía núm. 79). Institute for Security Studies (Instituto de Estudios de Seguridad), febrero de 2003 (disponible en www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No79/Content.html, en el capítulo 3).

población general; Se estima que la prevalencia del VIH entre los adultos de Sudáfrica se halla por encima del 20%.¹³⁶

No es de extrañar, por tanto, que el juez presidente apuntara que el caso sería de enorme interés para los miles de detenidos VIH-positivos del país aunque el demandante no fuera VIH-positivo.

Argumentos jurídicos y asuntos abordados

La ley de servicios correccionales de Sudáfrica de 1959, el instrumento jurídico de aplicación en este caso, autorizaba la libertad condicional por motivos médicos: “Un recluso que se encuentre cumpliendo una condena en prisión y que padezca una enfermedad peligrosa, infecciosa o contagiosa... o cuya puesta en libertad condicional se considere oportuna por razones relacionadas con su condición física, podrá en cualquier momento, por recomendación del funcionario médico de la prisión, ser puesto en libertad condicional por el Comisionado (sección 69).” Las cuestiones jurídicas de este caso de mayor pertinencia para el asunto del VIH/SIDA entre los reclusos eran las siguientes:

- la declaración del demandante de que tenía el derecho humano a morir con dignidad;
- la declaración de una de las autoridades penitenciarias de que la libertad condicional debería denegarse al demandante porque parecía disfrutar de un buen estado de salud, no se encontraba postrado en cama, y continuaba teniendo capacidad física para cometer un delito;
- la importancia del entorno de la prisión como fuente de proliferación de infecciones en el caso de un recluso para el que un nivel razonable de atención médica implica un entorno con un bajo riesgo de exposición a enfermedad infecciosas; y
- la capacidad del sistema penitenciario para proporcionar el nivel de atención que exigen las enfermedades terminales.

El Tribunal realizó una serie de observaciones sobre estas cuestiones que atañen especialmente a las personas que viven con el VIH.

En primer lugar, aceptó que el demandante tenía derecho a morir con dignidad, acogándose a la Declaración de Derechos de la Constitución de Sudáfrica (sección 10), que hacía referencia a la dignidad inherente a todo ser humano.

En segundo lugar, el Tribunal criticó duramente la afirmación de uno de los funcionarios de la prisión de que en el momento de presentar la demanda el Sr. Stanfield no se encontraba postrado en cama y aparentemente gozaba de buen estado de salud, al menos hasta el punto de ser capaz de cometer otro delito. Este funcionario de prisión había declarado que excarcelar al demandante en ese estado podría, sin duda, tener un efecto negativo sobre otros reclusos a los que se les había diagnosticado una enfermedad terminal, y en particular el VIH. El Tribunal parafraseó el argumento del funcionario como sigue:

Al igual que el del demandante, presentaban un estado físico, al menos temporalmente, que les permitía seguir llevando una vida normal y podían, en efecto, volver a cometer delitos...[No era] inconcebible que los delincuentes convictos que ahora saben que padecen una enfermedad terminal se sientan, si son excarcelados prematuramente, más desinhibidos todavía a la hora de cometer otros delitos.¹³⁷

Por esta razón, ese mismo funcionario aseveró que los muchos reclusos VIH-positivos internados en prisiones sudafricanas “esperaban ansiosamente” la resolución de este caso.

¹³⁶ Para consultar los datos mencionados en este párrafo, véanse las referencias en Goyer, supra.

¹³⁷ Stanfield, Párr. 34.

El Tribunal rechazó tajantemente este argumento, arguyendo que el bienestar físico externo del demandante era temporal, y que juzgar su estado por su apariencia externa era, a todas luces, una actitud irrespetuosa y errónea. Además, insistir en que permaneciera en prisión “hasta que estuviera visiblemente debilitado y postrado en cama no puede considerarse, en modo alguno, un trato humanitario acorde con la dignidad inherente a su persona.” De hecho, el Tribunal observó que esta idea daba la impresión de “que el demandante ha de perder su dignidad para que se le reconozca y se le respete.”

En tercer lugar, el Tribunal planteó la cuestión de que el entorno penitenciario pudiera tener algún otro efecto negativo en la salud del demandante. El Tribunal debatió en profundidad acerca de la capacidad de los hospitales penitenciarios para proporcionar el tratamiento especializado necesario para el carcinoma del demandante, concluyendo finalmente que los hospitales de prisión no estaban preparados para dar ese servicio. Obviamente, este análisis sería particularmente apropiado en relación con cualquier consideración realizada a propósito de la atención recibida por los reclusos VIH-positivos en Sudáfrica. Además, el Tribunal consideró el hecho de que el demandante necesitaba estar en un entorno con el menor riesgo de infección posible, y en concreto de infecciones respiratorias, habida cuenta, sobre todo, de que una infección respiratoria “en su estado inmunosuprimido seguramente acortaría su vida de forma drástica.” La tuberculosis es probablemente la infección oportunista más importante del VIH en Sudáfrica, y por supuesto es también la más importante en las prisiones de Sudáfrica. Indudablemente, dicha enfermedad “acorta de forma drástica” la vida de muchos reclusos con el VIH. El Tribunal prestó especial atención al estado inmunosuprimido del demandante, que resultaba especialmente peligroso “en las condiciones de insalubridad y hacinamiento que imperan en nuestras prisiones.”

No obstante, el Tribunal se esmeró especialmente en marcar la diferencia entre el estado del demandante y el VIH: “El estado del demandante era irreversible e incurable...y no cabría compararlo con el caso de la tuberculosis o el VIH/SIDA, en el que la esperanza de vida con tratamiento podría oscilar entre los 15 y los 25 años.” Hay que destacar aquí la expresión “con tratamiento” como una importante matización por parte del Tribunal, especialmente si se tiene en cuenta la ausencia general de acceso al tratamiento antirretrovírico en Sudáfrica y los obstáculos adicionales para acceder al tratamiento a los que se enfrentan a menudo los reclusos VIH-positivos de las prisiones de todo el mundo. No obstante, el Tribunal sí pareció tener en cuenta la posibilidad de que las personas que viven con el VIH en prisión pudieran beneficiarse de la libertad condicional por razones humanitarias si se hallaban en la fase terminal de su enfermedad:

A pesar del gran aumento de la prevalencia del VIH/SIDA y otras enfermedades terminales en nuestras prisiones, sólo un mínimo porcentaje de los reclusos que padecen dichas enfermedades fueron excarcelados por razones médicas durante 2002....debería tenerse mucho más presente la excarcelación de reclusos en fase terminal. La alternativa resulta esperpéntica: un número incalculable de reclusos muriendo en prisión de la forma más inhumana e indigna.¹³⁸

Comentario

El Tribunal se apoyó en las palabras empleadas en las leyes internacionales sobre derechos humanos y referidas a la protección contra un “tratamiento cruel, inhumano y degradante,” unas palabras que quedan reflejadas en el Artículo 7 del *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* y que fueron repetidas después en la Constitución de Sudáfrica. El fallo se basó también en unas palabras muy similares a las del Artículo 10 del Pacto, que garantiza que toda “persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

¹³⁸ Stanfield, Párr. 128.

El intento del Tribunal de marcar la diferencia entre la enfermedad del demandante de este caso y el VIH parte de la suposición de que las personas que viven con el VIH y que necesitan tratamiento recibirían dicho tratamiento en las prisiones de Sudáfrica. Sin embargo, mientras los reclusos sudafricanos que viven con el VIH continúen sin poder satisfacer su derecho a recibir el tratamiento adecuado para su enfermedad, muchos de los argumentos esgrimidos a favor de este demandante también deberían ser aplicables a los derechos de dichos reclusos. Por desgracia, en el momento de publicar este documento, el tratamiento para el VIH continuaba estando también fuera del alcance de muchos sudafricanos que no se encuentran en prisión; algunas autoridades judiciales podrían hallar en este dato un argumento para no apoyar el derecho al tratamiento de los reclusos que viven con el VIH. Pero a tales argumentos ha de contraponerse la posibilidad, descrita de forma tan gráfica por el Tribunal, de “un número incalculable de reclusos muriendo en prisiones de la forma más inhumana e indigna”.

Estados Unidos de América: la atención médica insuficiente proporcionada a reclusos VIH-positivos constituye una violación de sus derechos

Leatherwood y otros contra Campbell, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Alabama, caso núm. CV-02-BE-2812-W (2004-)

Tribunal y fecha del fallo

El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Alabama pronunció un fallo el 24 de junio de 2004 (resumido aquí). El litigio sobre este asunto se encontraba en curso en el momento de la publicación del presente documento.

Partes implicadas

Los demandantes, reclusos del centro correccional de Limestone, interpusieron una demanda conjunta ante el tribunal federal de Birmingham, Alabama, en noviembre de 2002. Los demandados eran el comisionado del Departamento Correccional de Alabama, el director de Tratamiento del Departamento Correccional de Alabama, el personal médico y de seguridad de Limestone, y NaphCare, Inc., la empresa privada contratada (con anterioridad) para suministrar servicios médicos a los internos.

Sentencia solicitada

La demanda cuestionaba la legalidad de las condiciones de vida y la atención médica proporcionadas en el centro penitenciario de Limestone. En la demanda, presentada ante el tribunal en noviembre de 2002, los demandantes solicitaban, entre otras formas de reparación, que el tribunal:

- declarara inconstitucional e ilícito el tratamiento médico y las condiciones de vida de los reclusos VIH-positivos encarcelados en el centro penitenciario de Limestone; y
- emitiera un interdicto preliminar y un interdicto permanente ordenando a los demandados, sus sucesores, agentes, trabajadores y todas las personas que colaboraran con ellos, que proporcionaran inmediatamente a los internos VIH-positivos del centro correccional de Limestone acceso a especialistas médicos competentes, atención de urgencia aceptable y apropiada, tratamiento adecuado durante la fase final de la vida, y diagnóstico y tratamiento médico adecuados de infecciones oportunistas.

Resultado

En junio de 2004, el juez del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos aprobó un acuerdo entre los reclusos demandantes y el estado de Alabama, según el cual el Departamento Correccional:

- i) tendría prohibido alojar a los reclusos VIH-positivos en dormitorios colectivos;
- ii) limpiaría las celdas de los reclusos; y
- iii) aseguraría que su proveedor médico (por ejemplo, una institución privada) contratara a una enfermera a tiempo completo como coordinadora de los asuntos relativos al VIH, la cual estaría a cargo de un programa de control de la infección, de la educación en prevención del

VIH y de ETS para reclusos y de la organización de la atención médica para los reclusos que viven con el VIH.

Circunstancias y hechos materiales

En el momento en que se interpuso la demanda, Alabama mantenía a los reclusos con el VIH separados de otros internos dentro del propio sistema penitenciario. La prisión de Limestone (Limestone) en Harvest, Alabama albergaba a todos los reclusos VIH-positivos del estado. Todos los presidiarios de Alabama están obligados a someterse a la prueba del VIH.

Como parte de la demanda, el Southern Center for Human Rights, con sede en Atlanta, publicó un informe en agosto del 2003 realizado por un especialista en enfermedades infecciosas sobre el tratamiento médico y las condiciones de vida de los reclusos de Limestone. El informe, de 125 páginas, proporcionaba una detallada compilación de los 38 casos de fallecimiento de internos VIH-positivos entre 1999 y 2002 y concluía que el sistema de atención médica del centro era deficiente. De acuerdo con el informe del facultativo, en casi todos los 38 casos de fallecimiento, “la muerte estaba precedida por una omisión del suministro de atención o tratamiento médico adecuados” y todas las muertes se produjeron a causa de “enfermedades evitables”. Además, el informe indicaba que las literas de la instalación, “masificadas” y pegadas unas a otras por los cuatro costados, “exponían a estos pacientes inmunodeficientes y al personal de la prisión a un riesgo indebido de contraer enfermedades contagiosas”.¹³⁹

De acuerdo con los demandantes y el Southern Centre for Human Rights, los aproximadamente 240 reclusos de Limestone estaban alojados en un inmenso almacén reconvertido lleno de camas en hilera. En la demanda se declaraba que a menudo el calor o el frío eran excesivos en el almacén y que éste estaba además infestado de arañas, ratas y pájaros. La mayoría de los reclusos no podía seguir los programas laborales o de formación que se ofrecían a otros reclusos en otros centros penitenciarios. En consecuencia, los reclusos VIH-positivos no podían reducir su condena por buena conducta y, por lo general, cumplían condenas más largas que los internos VIH-negativos.

De acuerdo con el Southern Centre, en mayo de 2003, el Departamento Correccional de Alabama rescindió el contrato con NaphCare, la empresa privada que había contratado para suministrar servicios médicos a los reclusos. No se hicieron declaraciones públicas sobre el motivo de la rescisión. (En enero de 2004, NaphCare fue eliminada del proceso como parte demandada). En octubre de 2003, se contrató a la empresa Prison Health Services.

A principios de octubre de 2003, los reclusos de la prisión fueron trasladados del almacén reconvertido a bloques de celdas. A principios de 2004, Alabama empezó a integrar a los internos VIH-positivos en programas puestos en marcha dentro del centro, aunque continuaron la política y las prácticas de segregación en el alojamiento.¹⁴⁰ También las condiciones y las prácticas sanitarias en el centro continuaron siendo deficientes. En marzo de 2004, el mismo especialista en enfermedades infecciosas redactó un segundo informe, en el que declaraba que “uno de los errores médicos más flagrantes que se cometen en Limestone es el número de muertes evitables. Los pacientes siguen

¹³⁹ Expert Report of Stephen Tabet, MD, MPH, in *Leatherwood v. Campbell* (informe pericial de Stephen Tabet, doctor en medicina, Master en Salud pública (MPH), en *Leatherwood contra Campbell*), 26 de agosto de 2003, disponible en www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/limestone_report.8-26-03_web.doc. Para información adicional sobre este caso, véase la sección sobre prisiones del sitio web del Southern Centre for Human Rights en www.schr.org/prisonsjails/.

¹⁴⁰ El único sistema penitenciario estatal, aparte del Alabama, que mantuvo la segregación total de los reclusos con VIH hasta ya entrado el decenio de 1990 fue el de Mississippi. Mississippi adoptó algunas medidas para introducir programas educativos y de formación profesional en 2001 también en 2004. Más abajo se exponen algunos avances recientes logrados en Mississippi.

falleciendo a causa de la incapacidad del sistema médico.”¹⁴¹ En este segundo informe, el facultativo analizó en detalle los casos de cinco reclusos que habían fallecido entre octubre de 2003 y marzo de 2004. El médico revelaba, por ejemplo, que uno de los internos se había asfixiado, literalmente, delante de personal médico sin recibir tratamiento alguno, y que otro había perdido más de 77 kilos sin recibir la medicación y la dieta adecuadas. Un tercer recluso VIH-positivo con tuberculosis fue alojado en un dormitorio con otros reclusos con VIH, dejando a más de 200 internos con un sistema inmunitario deficiente expuestos a la tuberculosis, hasta que falleció.

El 2 de junio de 2004, el juez de primera instancia aprobó la resolución del caso mediante el acuerdo que las partes implicadas habían alcanzado en abril de 2004. El juez declaró que:

[L]as pruebas demuestran una ausencia de esfuerzos para salvar vidas, esfuerzos mediante la adopción de acciones de mejora tales como la realización de informes sobre mortalidad, la detección de problemas obvios en el sistema médico y la posterior resolución de dichos problemas. Los reclusos con VIH fallecieron en ausencia de la intervención necesaria del personal médico de Limestone o del Departamento Correccional de Alabama. La falta de aplicación de mejoras por parte de los demandados y otros hechos revela una considerable indiferencia hacia la vida humana y, por consiguiente, es probable que, vistos los fundamentos jurídicos, la causa de los demandantes prosperara en un juicio...¹⁴²

El acuerdo exigía al proveedor médico del Departamento Correccional la contratación de una enfermera a tiempo completo que realizara las funciones de coordinadora de los asuntos relacionados con el VIH, que se haría cargo de la dirección de un programa de control de infecciones y de la organización de la atención médica a los reclusos VIH-positivos, incluidas la supervisión de la evolución del tratamiento y la educación sobre el VIH, el SIDA y las infecciones de transmisión sexual dirigida a los internos. El acuerdo también prohibía al Departamento el alojamiento de reclusos VIH-positivos en dormitorios colectivos y ordenaba al Departamento limpiar las celdas de los internos. En agosto de 2004, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Alabama aceptó el informe y la recomendación del juez y aprobó el acuerdo de resolución.

Sin embargo, continuaron los problemas. El 17 de febrero de 2005, los abogados del Southern Center for Human Rights, actuando en nombre de los reclusos VIH-positivos, presentaron una moción contra los funcionarios del Departamento Correccional de Alabama por el incumplimiento de las disposiciones del acuerdo de resolución relativas al suministro de atención sanitaria a los internos.¹⁴³ La moción solicitaba que el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos considerara que los demandados habían incurrido en un acto de desacato al Tribunal. En el acuerdo se había dispuesto, entre otras cosas, que un especialista en el VIH y un médico suministrarían tratamiento en el centro de tratamiento de Limestone. Desde el momento en que se alcanzó el acuerdo, se ha producido la dimisión de los dos médicos de la prisión. Una de las especialistas en VIH citaba en la carta de dimisión que presentó en febrero de 2005 la falta de apoyo organizacional y administrativo de Prison Health Services.¹⁴⁴ A finales de abril de 2005, el Departamento Correccional de Alabama y Prison Healthcare Services solicitaron al Tribunal que desestimara en la moción por desacato de los reclusos lo que ellos definieron como “quejas engañosas e inexactas” sobre la atención médica. En el momento en que fue elaborado este documento, el caso estaba en curso en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos.

¹⁴¹ Supplemental Report of Stephen Tabet, MD, MPH, in *Leatherwood v. Campbell*, 11 de marzo de 2004, disponible en www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/Tabetsupprpt.pdf.

¹⁴² El informe del juez está disponible en www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/Magistrate%20Report%20Recommendation.pdf.

¹⁴³ Southern Center for Human Rights. “Motion for contempt filed on behalf of HIV-positive inmates,” 17 de febrero de 2005. Véanse la nota de prensa y los documentos de la moción en www.schr.org/prisonsjails/press%20releases/press_limestone_contempt.htm.

¹⁴⁴ Paul von Zielbauer. “Company’s Troubled Answer for Fragile Inmates,” *New York Times*, 1 de agosto de 2005, pp., 1 - 11

Comentario

El litigio de *Leatherwood* contra *Campbell* obligó al Departamento Correccional de Alabama a acordar la adopción de una serie de medidas para mejorar las condiciones de vida en Limestone. El litigio en curso tiene como objetivo obligar al cumplimiento del acuerdo. El hecho de que haya sido necesario un litigio posterior demuestra que el éxito final de las estrategias en las que se recurre a los tribunales para defender y promover los derechos humanos dependerá en parte de que exista una cultura de respeto hacia el estado de derecho en la jurisdicción en cuestión, así como de que existan organismos de control.

Los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos* de las Naciones Unidas, adoptados en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecen que los reclusos tienen derecho al mismo nivel de servicios de salud de que disponga el país.¹⁴⁵ Las *Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de las Naciones Unidas recomiendan la adopción de ciertas medidas con respecto a los reclusos:

Las autoridades penitenciarias también deberían dar a los reclusos —y al personal penitenciario, en su caso— la posibilidad de recibir información y educación sobre la prevención del VIH, someterse voluntariamente a la prueba del VIH y recibir asesoramiento, beneficiarse de los medios de prevención (preservativos, desinfectante y material de inyección estéril), recibir tratamiento y atención, y participar voluntariamente en pruebas clínicas relacionadas con el VIH; también deberían garantizar la confidencialidad y prohibir las pruebas obligatorias, la segregación y la denegación de acceso a instalaciones carcelarias, así como los privilegios y los programas de excarcelación para los reclusos infectados por el VIH.¹⁴⁶

El litigio de *Leatherwood* contra *Campbell* no puso fin a la política de Alabama consistente en segregar a los reclusos VIH-positivos de la población penitenciaria general. Esta política está en contra no sólo de las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, sino también de las directrices de la OMS sobre la infección por el VIH y el SIDA en las prisiones (*WHO Guidelines on HIV infection and AIDS in prison*). La parte que hace referencia a esta cuestión establece que:

Dado que la segregación, el aislamiento y las restricciones en actividades de trabajo, deporte y ocio no se consideran útiles ni pertinentes en el caso de personas infectadas por el VIH en la comunidad, se debería adoptar la misma actitud con los reclusos infectados por el VIH. Las medidas de aislamiento por motivos de salud únicamente deberían ser adoptadas por personal médico, y siguiendo los mismos razonamientos que para el público en general, de acuerdo con las normas y leyes de salud pública. Los derechos de los reclusos no deben limitarse más de lo que, por motivos médicos, sea estrictamente necesario...¹⁴⁷

En divergencia con este enfoque común de los órganos expertos tanto en el ámbito sanitario como de los derechos humanos, la política de Alabama de segregación de los reclusos VIH-positivos ha sido defendida por los tribunales de los Estados Unidos. En 1990, un tribunal federal defendió la prueba obligatoria del VIH y la segregación en la prisión estatal de Alabama y declaró que los reclusos que solicitaban tratamiento con AZT no tenían derecho a los tratamientos “modernos”, sino única-

¹⁴⁵ Naciones Unidas: *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 45/111, 45 ONU GAOR Supp (núm. 49A) en 200, Naciones Unidas, Doc A/45/49 (1990), Artículos 5 y 9.

¹⁴⁶ El *VIH/SIDA y los derechos humanos: Directrices internacionales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, (1998), Cuarta directriz, Párr. 29(e).

¹⁴⁷ World Health Organization. *Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons* (1993), Párr. 27.

mente a una atención de salud razonable de acuerdo con los servicios disponibles en el país.¹⁴⁸ Dados los progresos logrados posteriormente en el nivel de atención ampliamente aceptado para tratar a las personas que viven con el VIH, en teoría esta postura de denegar el tratamiento antirretrovírico sería actualmente insostenible.

Sin embargo, últimamente la política de segregación ha seguido contando con el apoyo de los tribunales superiores. En 1999, en *Davis contra Hopper*,¹⁴⁹ El Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (11º Circuito) estableció que la segregación total de los reclusos con VIH del estado de Alabama no violaba la Ley de ciudadanos estadounidenses con discapacidad ni la Ley de rehabilitación de 1973. El Tribunal estaba de acuerdo con el argumento de los funcionarios de la prisión de que, a causa de la conducta imprevisible de los reclusos y la naturaleza mortal del SIDA, todos los reclusos con VIH representan una “amenaza directa” para el resto de los reclusos y los funcionarios penitenciarios y, por tanto, pueden quedar totalmente excluidos de los programas penitenciarios. En enero de 2000, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rehusó admitir a trámite una apelación presentada por los reclusos de Alabama en la que cuestionaban la legalidad de la segregación aplicada en las prisiones de ese estado, y mantuvo la validez de la sentencia del caso *Davis contra Hopper*. Estas decisiones divergen con las normas internacionales.

Asimismo, estas decisiones judiciales se apartan de los progresos realizados en Mississippi, el otro estado de los Estados Unidos que mantuvo una política de segregación de los reclusos VIH-positivos hasta el decenio de 1990. En 1990, se interpuso una demanda en nombre de los reclusos de la Penitenciaría del Estado de Mississippi en Parchman.¹⁵⁰ En una sentencia preliminar en 1999, un juez de primera instancia declaró que los reclusos tenían derecho a la calidad de atención médica relativa al VIH descrita en las directrices sobre tratamiento de los Institutos Nacionales de Salud, y que el Departamento Correccional de Mississippi tenía la obligación de administrar a los reclusos VIH-positivos terapia antirretrovírica de combinación. En 2001, Mississippi integró sus programas educativos y de formación profesional a fin de que los reclusos VIH-positivos pudieran participar en los programas penitenciarios llevados a cabo en los centros, aunque todavía estaban excluidos de los programas realizados en la comunidad. En junio de 2004, el mismo juez emitió un requerimiento solicitando al Departamento Correccional de Mississippi que permitiera a los reclusos VIH-positivos participar también en los programas de la comunidad. Este requerimiento fue suspendido en marzo de 2005, cuando el juez dejó de estimarlo necesario porque las condiciones de los reclusos VIH-positivos habían mejorado lo suficiente.¹⁵¹

¹⁴⁸ L. Gostin y L. Porter. AIDS litigation project II: a national survey of federal, state and local cases before courts and human rights commissions. Objective description of trends in AIDS litigation. Washington, DC: Department of Health and Human Services, Public Health Service, National AIDS Programme Office, 1991.

¹⁴⁹ Caso núm. 98-9663.

¹⁵⁰ *Gates contra Fordice*, Tribunal de Distrito de Estados Unidos (Distrito Norte de Mississippi, División de Greenville), Caso núm. 4:71CV6-JAD, consolidado con *Moore contra Fordice*, Caso núm. 4:90CV125-JAD, disponible en <http://sunset.backbone.olemiss.edu/~llibcoll/ndms/jul99/99D0090P.html>.

¹⁵¹ Federal Judge Removes Injunction on Mississippi Dept. of Corrections Regarding Treatment of HIV-positive Inmates. *Kaiser Daily HIV/AIDS Report*, 4 de abril de 2005.

El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) reúne a diez organizaciones de las Naciones Unidas en un esfuerzo común para luchar contra la epidemia: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa Mundial de Alimentos (PMA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial.

El ONUSIDA, como programa copatrocinado, aúna las respuestas dadas a la epidemia por sus diez organizaciones copatrocinadoras y complementa esos esfuerzos con iniciativas especiales. Su objetivo es encabezar e impulsar la ampliación de la respuesta internacional al VIH/SIDA en todos los frentes. El ONUSIDA colabora con múltiples asociados –gubernamentales y no gubernamentales, empresariales, científicos y de otros campos– para compartir sin límites de fronteras conocimientos teóricos y prácticos así como prácticas óptimas.



COLECCIÓN “PRÁCTICAS ÓPTIMAS” DEL ONUSIDA

La colección “Prácticas óptimas” del ONUSIDA

- Es una serie de materiales de información del ONUSIDA que promueve el aprendizaje, comparte experiencias y capacita a las personas y asociados (personas que viven con el VIH y el SIDA, comunidades afectadas, sociedad civil, gobiernos, el sector privado y organizaciones internacionales) que participan en una respuesta ampliada a la epidemia de VIH y su impacto.
- Proporciona una voz a quienes trabajan para combatir la epidemia y mitigar sus efectos.
- Ofrece información sobre lo que ha funcionado en contextos específicos, para beneficio de otros que se enfrenten a situaciones similares.
- Cubre un vacío en áreas programáticas y de políticas clave proporcionando orientación técnica y estratégica, así como el conocimiento más avanzado en prevención, asistencia y alivio del impacto en múltiples contextos.
- Pretende estimular nuevas iniciativas con el objetivo de ampliar la respuesta a la epidemia de SIDA a nivel de país.
- Es un esfuerzo interorganizaciones del ONUSIDA en colaboración con otras organizaciones y asociados.

Para más detalles sobre la colección «Prácticas óptimas» y otras publicaciones del ONUSIDA, visite www.unaids.org. Se anima a los lectores a enviar sus comentarios y sugerencias a la Secretaría del ONUSIDA, a la atención del Director de Prácticas Óptimas, ONUSIDA, 20 avenue Appia, 1211, Ginebra 27, Suiza.

La conquista de los derechos: Estudios de caso relativos a la defensa en los tribunales de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH

Más de dos decenios de experiencia han puesto de relieve que la inobservancia de los derechos humanos de las personas que viven con o están afectadas por el VIH y el SIDA con frecuencia socava la eficacia de las políticas y los programas. Las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, de las Naciones Unidas, alientan a todos los países a velar por que sus leyes apoyen la protección, promoción y observancia de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH y de las que son vulnerables al virus. Como ponen de manifiesto los estudios de caso presentados en el presente documento, las leyes pueden proteger los derechos humanos, pero también pueden impedir su realización. En los últimos años, personas que viven con o están afectadas por el VIH han reclamado el amparo de la ley, y en algunas ocasiones su reclamación ha tenido éxito. Otras veces, activistas con gran coraje han desafiado las leyes para exigir la protección de los derechos humanos que se merecen. En la presente publicación se ofrecen 30 resúmenes de procedimientos judiciales cuyo propósito era defender o garantizar los derechos humanos de las personas que viven con el VIH o son vulnerables al virus. Se presta especial atención a casos juzgados en los tribunales de países en desarrollo y se examinan diversos litigios decisivos para fomentar un “enfoque del VIH basado en los derechos humanos” en tres frentes: la discriminación, el acceso al tratamiento, y la prevención y atención para los presos. La comprensión y el conocimiento de las formas como se han utilizado los pleitos para luchar a favor de los derechos humanos, hayan resultado exitosos o no, ayudan a los legisladores, juristas, abogados y responsables de formular las políticas a comprender y usar con la máxima eficiencia el régimen jurídico en la respuesta al SIDA.

ONUSIDA
20 AVENUE APPIA
CH-1211 GINEBRA 27
SUIZA

Teléfono: (+41) 22 791 36 66
Fax: (+41) 22 791 41 87
Dirección electrónica: bestpractice@unaids.org

www.unaids.org