



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

La regulación legal del VIH/SIDA en los países del Cono Sur frente al derecho internacional de los derechos humanos

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Pablo Beltrán Carpentier

Profesor guía: Claudio Nash Rojas

Santiago, Chile

2014

Para mi familia y amigos. Sin ustedes, nada de esto sería posible.

AGRADECIMIENTOS.

Al profesor Claudio Nash Rojas, por guiarme en esta investigación.

A mi padre, por facilitarme el acceso al material necesario.

TABLA DE CONTENIDOS.

- **Introducción.**p. 8.

- **Capítulo I:** Normativa Internacional de derechos humanos relacionada con el VIH/SIDA y ratificada por los países del Cono Sur.....p.12.
 - . I.a. Concepto, características y clasificación de los derechos humanos.....p.12.

 - . I.b. Los Derechos Humanos y el VIH/SIDA.....p.14.

 - . I.c. El reconocimiento de los derechos humanos implicados por parte de los países del Cono Sur.....p.16.
 - i.) La declaración Universal de derechos humanos (1948).....p.17.
 - ii.) El pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966)..p.17.
 - iii.) El pacto internacional de DESC (1966).....p.18.
 - Iv). La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969).....p.18.
 - v). La Convención sobre los Derechos del niño (1989).....p.19.

- **Capítulo II:** La regulación legal interna del VIH/SIDA en los países del Cono Sur.....p.21.

. II.a. La República Argentina.....p.21.

- i.) Ley Nacional de Sida Argentina (23.798) y su decreto reglamentario.....p.21.
- ii.) Ley sobre prestaciones obligatorias de las obras sociales (24.455).....p.23.
- iii.) Ley sobre prestaciones obligatorias de las empresas o entidades de medicina prepaga (24.754).....p.23.
- iv.) Ley antidiscriminación (23.592).....p.24.
- v.) Resumen.....p.25.

. II.b. La República de Chile.....p.25.

- i.) Ley Nacional de Sida Chilena (19.779) y su decreto reglamentario.....p.25.
- ii.) Decreto número 45 que modifica la reglamentación de la Ley Nacional de Sida chilena y del examen para la detección del VIH....p.27.
- iii.) Ley que establece un régimen general de garantías explícitas en salud (19.966).....p.28.
- iv.) Ley de deberes y derechos de los pacientes (20.584).....p.29.
- v.) Ley antidiscriminación (20.609).....p.30.

- vi.) Resumen.....	p.30.
. <u>II.c. La República Oriental del Uruguay</u>	p.31.
- i.) Decreto 223/988 que declara obligatorio el despistaje en el análisis de sangre.....	p.31.
- ii.) Decreto 294/992 que crea el día nacional de lucha contra el SIDA.....	p.32.
- iii.) Decreto 295/997 que declara obligatorio la pesquisa del VIH en embarazadas.....	p.32.
- iv.) Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Salud (18.211)...	p.33.
- v.) Ley de derechos y obligaciones de los pacientes. (18.335).....	p.33.
- vi.) Ley que prohíbe la discriminación en materia laboral (16.045)....	p.34.
- vii.) Ley de lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (17.817).....	p.34.
- viii.) Resumen.....	p.35.
• Capítulo III: Análisis crítico de las distintas regulaciones legales del VIH/SIDA de los países del Cono Sur, y de su compatibilidad con las normas de derecho internacional de los derechos humanos ratificadas.....	p.37.
. III.a. Aspectos generales.....	p.37.

. III.b. Compatibilidad con los derechos humanos.....	p.38.
- i.) La vida, la integridad física y psíquica, y la salud.....	p.38.
a. Parámetro teórico.....	p.38.
b. Realidad Práctica.....	p.44.
- ii.) La igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y el trabajo.....	p.45.
a. Parámetro teórico.....	p.45.
b. Realidad Práctica.....	p.49.
- iii.) La educación.....	p.50.
a. Parámetro teórico.....	p.50.
b. Realidad práctica.....	p.51.
• Conclusión.....	p.53.
• Bibliografía.....	p.57.

INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas, dos de los temas que más debate e investigación han generado, especialmente en el campo de la medicina, son el virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH), y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida que dicho virus puede provocar (en adelante SIDA). No obstante ello, actualmente la temática del VIH/SIDA está lejos de ser una materia exclusiva del ámbito de la salud, sino que, muy por el contrario, es posible estudiarla desde la mirada especial de diferentes disciplinas. Efectivamente, dada la extensión mundial de la pandemia, y su innegable connotación social negativa, ramas como la sociología, las ciencias políticas y gubernamentales y el derecho, han debido pronunciarse. En lo que respecta a las ciencias jurídicas en particular, en prácticamente todos los países del mundo han surgido leyes, reglamentos, decretos y diversos tipos de instrumentos legales. En su mayoría, pretenden contribuir a frenar y disminuir la pandemia, pero también buscan garantizar una cierta protección a las personas contagiadas, en áreas tales como el tratamiento de la enfermedad y la discriminación. En este contexto, Latinoamérica no ha sido una excepción, pues todos sus países poseen algún tipo de regulación legal abocada al tema¹.

¿Qué tan efectivas son las regulaciones legales del VIH/SIDA de los países del Cono Sur², en materia de protección de los derechos humanos de las personas infectadas?

El objetivo general de la presente memoria consiste en dar respuesta a la problemática planteada, con miras a poder confirmar o refutar la siguiente hipótesis inicial: Las regulaciones legales del VIH/SIDA de los países del Cono Sur son tan

¹ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

² La expresión "Cono Sur", para efectos de la presente memoria, será utilizada en su sentido más restringido, entendiéndose por tal exclusivamente a las Repúblicas Argentina, de Chile y Oriental del Uruguay.

escasas, imprecisas y vagas³, que no constituyen una protección real ni efectiva de los derechos humanos de las personas infectadas. Por su parte, los objetivos específicos son, en primer lugar, analizar las normas de derechos humanos que estén relacionadas con el tema, y que formen parte de instrumentos internacionales ratificados por las Republicas Argentina, de Chile y Oriental del Uruguay. En segundo lugar, estudiar las regulaciones legales vinculadas al VIH/SIDA existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países en cuestión. En tercer y último lugar, comparar dichas regulaciones legales entre sí, y analizarlas frente a las normas internacionales de derechos humanos estudiadas, con miras a cumplir el objetivo general anteriormente expuesto.

La metodología utilizada será principalmente documental, abarcando libros, revistas y artículos. También se trabajará con fuentes legales, tales como Tratados Internacionales, Leyes, Reglamentos y Decretos. Además, se hará uso del método comparado, especialmente al momento de contrastar las distintas regulaciones que los tres países del Cono Sur tienen con respecto al tema.

Muchas son las razones que me llevaron a escoger el presente objeto de estudio. Sin lugar a dudas, influyó en ello mi padre, que es médico cirujano e infectólogo, y que ha dedicado gran parte de su vida profesional a la investigación sobre el VIH/SIDA, y a la lucha por los derechos humanos de las personas infectadas. También influyó en mi decisión el gran gusto que siento por el Derecho Internacional, y en particular, por la normativa internacional de carácter humanitario. Así, decidí unir ambos temas, y dar lugar a una investigación bastante novedosa, de la cual lamentablemente no se ha escrito mucho, pero que resulta absolutamente necesaria, pues el VIH/SIDA, hoy en día, constituye una realidad que ha tocado todos los rincones del mundo.

He decidido reducir mi estudio únicamente a los tres países que componen el Cono Sur, no sólo porque Chile sea uno de ellos, sino también porque

³ Los adjetivos “escasas”, “imprecisas” y “vagas”, para efectos de la presente memoria, significarán, respectivamente, que hay poca regulación legal sobre la temática, que el contenido de la misma es más bien genérico y rara vez específico o determinado, y que existen muchos aspectos relevantes que no son tratados en sus disposiciones.

tradicionalmente se les ha atribuido los mejores niveles de calidad de vida en la región. En el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2011, realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, las Repúblicas Argentina y de Chile obtuvieron por primera vez un índice catalogado como “Muy alto”, alcanzado únicamente por 47 países a nivel mundial⁴. Así entendido, ambas naciones son consideradas como las únicas desarrolladas de Sudamérica y el Caribe, sólo superadas a nivel continental por los Estados Unidos y Canadá. Por su parte, la República Oriental del Uruguay alcanzó un índice de desarrollo humano catalogado como “Alto”, ocupando el sexto lugar en América, y liderando dicha categoría⁵. Además, los tres países promedian las tasas de esperanza de vida⁶ y PIB per cápita⁷ más altas del subcontinente, y el porcentaje más bajo de población viviendo por debajo de la línea de pobreza⁸. En materia educativa, los niveles de analfabetismo son los inferiores de América Latina, sólo después de la República de Cuba⁹. Por lo tanto, y gracias a sus excelentes indicadores, los tres Estados han sido calificados como pioneros en la región, razón por la cual resulta particularmente interesante estudiar su desempeño en el ámbito que nos compete.

Para abordar la temática presentada, se dividirá el cuerpo de la investigación en tres grandes secciones, correspondientes a cada uno de los objetivos específicos del presente trabajo, planteados anteriormente. En la primera sección, se indagará sobre las normas internacionales de derechos humanos que estén vinculadas con el tema, y que los Estados en comento hayan ratificado. En la segunda sección, se estudiarán las regulaciones legales del VIH/SIDA existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países en cuestión. En la última sección, se analizarán críticamente dichas regulaciones, comparándolas entre sí, y razonándolas frente a las normas internacionales de derechos humanos

⁴ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Informe Anual Mundial sobre el Desarrollo Humano, 2011.

⁵ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Informe Anual Mundial sobre el Desarrollo Humano, 2011.

⁶ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Indicadores internacionales sobre desarrollo humano: Esperanza de vida al nacer (años), 2011.

⁷ Fondo Monetario Internacional (FMI), World Economic Outlook Database, 2011.

⁸ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Informe Anual Mundial sobre el Desarrollo Humano, 2007/08.

⁹ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Informe Anual Mundial sobre el Desarrollo Humano, 2011.

estudiadas. Finalmente, se concluirá la investigación, y se dará respuesta a la problemática planteada, confirmando o refutando la hipótesis inicial.

I. NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADA CON EL VIH/SIDA Y RATIFICADA POR LOS PAISES DEL CONO SUR.

I.a. Concepto, características y clasificación de los Derechos Humanos.

El concepto de Derechos Humanos, aún cuando a simple vista pueda parecer sencillo o evidente, es bastante confuso e impreciso. Este problema está ligado con el de su nombre y el de su fundamentación, toda vez que la fundamentación que se escoja para este tipo de derechos va a determinar de cierta forma el concepto que se tenga de los mismos, que a su vez influye en su denominación¹⁰. Así, por ejemplo, si se adopta la fundamentación iusnaturalista, se les denomina derechos naturales, mientras que si se adoptan las fundamentaciones historicista, ética, o racional, se les denomina derechos morales, históricos, o pragmáticos, respectivamente¹¹. Una de las definiciones más utilizadas en la materia, es aquella en virtud de la cual “los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”¹². Tradicionalmente, se les han atribuido distintas características, entre las cuales destacan su condición de ser universales (adscriben a todos los seres humanos sin excepción), absolutos (no se admite su violación en caso alguno) e inalienables (son inseparables de la condición de persona y nadie puede renunciar a ellos)¹³. El principal bien jurídico protegido por los derechos humanos es la dignidad de todas las personas, puesto que estos derechos pretenden concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esta idea¹⁴. Los derechos humanos han ido

¹⁰ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 157p.

¹¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. pp. 166-171.

¹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Derechos humanos. [en línea] < <http://www.un.org/es/globalissues/humanrights/> > [consulta: 25 noviembre 2012].

¹³ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 165p.

¹⁴ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 162p.

evolucionando a lo largo de nuestra historia, y han pasado por distintas etapas o procesos. Entre ellos, cabe destacar el proceso de la expansión, que goza de gran reconocimiento internacional a nivel doctrinal, y que supone un gradual y progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos¹⁵. A raíz de este fenómeno, ha surgido la clasificación más tradicional de los derechos humanos, que los separa en tres grandes tipos de generaciones de derechos. La primera generación de derechos incluye a los derechos civiles, esto es, principalmente el reconocimiento y protección de determinadas inviolabilidades y libertades civiles¹⁶. En esta categoría es posible encontrar el derecho a la vida y a la integridad física, a pensar y a expresarse libremente, y a reunirse con quien se desee, entre muchos otros. A este tipo de derechos también se les ha denominado derechos personales o derechos de autonomía, y en virtud de ellos el Estado asume obligaciones de carácter pasivo, es decir, de no interferencia ilegítima¹⁷. Además, dentro de los derechos de primera generación, se suelen incluir también a los derechos políticos¹⁸, aunque para algunos forman parte de la segunda generación de derechos¹⁹. Estos últimos implican una participación de los ciudadanos en el poder público, como el derecho a votar democráticamente en elecciones, y el derecho a ser elegido en las urnas. La segunda generación de derechos (para algunos, los derechos políticos) son los derechos económicos, sociales y culturales²⁰ (en adelante DESC). Estos derechos aspiran a demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo a favor de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas²¹. En esta categoría, es posible encontrar el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la educación, entre muchos otros. Por último, la tercera generación de derechos (para algunos los DESC) se forma por los llamados derechos de los

¹⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 195p.

¹⁶ ZALAUQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. 23p.

¹⁷ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 195p.

¹⁸ ZALAUQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. 23p.

¹⁹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 196p.

²⁰ AGUILAR CUEVAS, MAGDALENA. Las tres generaciones de los derechos humanos. Derechos Humanos, órgano informativo de la comisión de Derechos Humanos del Estado de México. (30): 93-99, marzo-abril 1998.

²¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 196p.

pueblos o de solidaridad, y surgen en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran²². En esta categoría, es posible encontrar el derecho de los estados a no ser agredidos por otros países, y el derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la coexistencia pacífica, entre muchos otros.

I.b. Los Derechos Humanos y el VIH/SIDA.

El VIH/SIDA y los derechos humanos se encuentran inevitablemente relacionados. Los principales vínculos que los unen, a mi parecer, han quedado muy bien delimitados en un informe enviado por el Secretario General de las Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos perteneciente a la misma organización, en el año 1995. El primer vínculo dice relación con el derecho humano a la educación, que permite prevenir conductas altamente riesgosas como las relaciones sexuales sin protección y el uso de drogas inyectables, así como también difundir el respeto y la integración de quienes están infectados. El segundo de ellos apunta a los grupos de personas que están más expuestos a contraer el virus (las trabajadoras sexuales, los toxicómanos que se inyectan drogas y los varones homosexuales, entre otros), quienes, de por sí, suelen ser marginados por la sociedad. Finalmente, el tercer vínculo radica en la discriminación y la estigmatización de las personas que viven con el VIH, que afectan varios de sus derechos humanos, como el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, y que limitan el acceso al empleo, a la atención de salud y a otros tipos de DESC²³. En base a estos tres vínculos, se han identificado en reiteradas oportunidades aquéllos derechos humanos que están directamente relacionados con el VIH/SIDA, y las personas infectadas suelen sufrir violaciones de algunos de ellos. Al respecto, en el ámbito de los derechos de primera generación, destacan por su implicancia los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a no ser discriminado

²² AGUILAR CUEVAS, MAGDALENA. Las tres generaciones de los derechos humanos. Derechos Humanos, órgano informativo de la comisión de Derechos Humanos del Estado de México. (30): 93-99, marzo-abril 1998.

²³ Para todo lo relativo al informe y a los vínculos señalados, se hace referencia a: BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

arbitrariamente y a la igualdad ante la ley²⁴. El derecho a la vida es el derecho humano más básico que existe, toda vez que su reconocimiento y respeto posibilita todos los demás derechos. El punto central de la protección del derecho a la vida radica en la prohibición de la privación arbitraria de la misma, forzando a los Estados a adoptar medidas para evitar y castigar su privación, y a limitar estrictamente las circunstancias en que las autoridades pueden privarla²⁵. De esta forma, si un Estado no crea un sistema de salud que permita el acceso de las personas infectadas a los fármacos y tratamientos correspondientes, resulta plausible sostener que no está adoptando las medidas necesarias para evitar la privación de sus vidas. El derecho a la integridad física y psíquica, íntimamente ligado con el derecho a la vida, suele traducirse en una prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos²⁶. Así entendido, no estaría relacionado con la temática del VIH/SIDA, pero jurisprudencialmente se le ha dado un alcance mayor, y se le ha entendido vulnerado al discriminar y privar de un tratamiento a las personas que viven con el virus²⁷. El derecho a no ser discriminado arbitrariamente (cuyo fundamento, expresión jurídica y fuente es el derecho a la igualdad ante la ley²⁸), implica una prohibición de realizar distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias, en base a ciertos criterios arbitrarios no taxativos, con el objeto de violar los derechos humanos de quienes reúnen dichos criterios²⁹. La infección por el VIH, como tal, es una condición que no puede ser cambiada ni curada, de modo

²⁴ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. *Notas de población*. (85): 97-114, diciembre 2007.

²⁵ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. *Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación*. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. pp. 5-6.

²⁶ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. *Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación*. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. 30p.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°29/01, caso 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra la República de El Salvador, 7 marzo 2001.

²⁸ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. *Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación*. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. pp. 284-285.

²⁹ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. *Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación*. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. 138p.

tal que discriminar en base a ella constituye un criterio de discriminación arbitraria. En el ámbito de los DESC, se encuentran implicados principalmente los derechos a la educación, a la salud (física y mental) y al trabajo³⁰. La relevancia del primero de ellos radica en su efecto preventivo con respecto al contagio del virus, y en la importancia de la difusión del respeto y la integración de las personas infectadas. El segundo de ellos, directamente ligado con el acceso a la asistencia médica³¹, se vulnera cada vez que no existe un oportuno y real acceso a los tratamientos médicos y psicológicos requeridos por las personas infectadas. El tercero implica que el Estado garantice la existencia de puestos de trabajo disponibles para todas las personas, que puedan ser libremente escogidos o aceptados, y que las faculten para satisfacer sus necesidades básicas³². Así entendido, las personas infectadas sufren la violación de dicho derecho humano cada vez que no consiguen un empleo con motivo de su condición, sin que el Estado les brinde una debida protección al respecto ni les garantice la existencia de un puesto laboral digno al cual optar.

I.c. El reconocimiento de los derechos humanos implicados por parte de los países del Cono Sur.

El marco legal internacional relacionado con el VIH/SIDA y que protege los derechos humanos está compuesto por distintos y numerosos instrumentos internacionales. La gran mayoría consagra y garantiza derechos fundamentales para todas las personas, aunque existen también algunos abocados a proteger directamente a quienes están infectados por el virus. En esta sección, se hará referencia a aquéllos instrumentos que son más importantes y conocidos, y que han sido ratificados por los tres países del Cono Sur. Al respecto, se analizarán brevemente las disposiciones legales de los mismos, especialmente en relación a

³⁰ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

³¹ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. 60p.

³² BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. 203p.

los derechos humanos más implicados, con miras a determinar el reconocimiento de estos por parte de los países en comentario.

i.) La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

La Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra ratificada por todos los países miembros de la ONU, incluyendo a las Repúblicas del Cono Sur. En dicho instrumento legal, se consagran y protegen distintos derechos humanos, y muchos de ellos corresponden a aquéllos que se encuentran relacionados con la temática en estudio. Al respecto, el derecho a la vida aparece protegido en el artículo 3, en virtud del cual todo individuo tiene derecho a ella³³. Por su parte, el derecho a la integridad física y psíquica aparece consagrado en el artículo 5, que prohíbe someter a las personas a distintos tratos inhumanos³⁴. En lo que respecta a los derechos a la no discriminación arbitraria y a la igualdad ante la ley, prima el artículo 7, que señala que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de aquélla³⁵. El derecho a la salud aparece reconocido en el artículo 25 n°1, en virtud del cual las personas tienen derecho a la asistencia médica³⁶. Finalmente, el artículo 23 n°1 consagra el derecho al trabajo digno y a la protección contra la cesantía³⁷.

ii.) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra firmado y ratificado por los tres países del Cono Sur. En dicho tratado internacional se

³³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 3.

³⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 5.

³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 7.

³⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 25 n°1.

³⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 23 n°1.

reconocen todos los derechos de primera generación que ya hemos mencionado anteriormente, es decir, el derecho a la vida³⁸, a la integridad física y psíquica³⁹, a la no discriminación arbitraria⁴⁰ y a la igualdad ante la ley⁴¹.

iii.) El Pacto Internacional de DESC (1966).

El Pacto Internacional de DESC también se encuentra firmado y ratificado por los tres países del Cono Sur. En dicho tratado internacional se reconocen el derecho a la salud (física y mental)⁴² y al trabajo⁴³, que son fundamentales en la materia que nos compete. También aparecen protegidos los derechos a la educación⁴⁴ y a la vivienda⁴⁵.

iv.) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969).

Esta convención internacional ha sido ratificada por los tres países en cuestión, y es quizás el instrumento legal de mayor relevancia en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano. Se trata de la carta constitutiva

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 6.

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 7.

⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 2.

⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 26.

⁴² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 12.

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 6.

⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 13.

⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 11.

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (al menos tal y como la conocemos hoy), y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de ella, los Estados partes se comprometen a respetar las libertades y derechos allí reconocidos, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción⁴⁶. La obligación de respetar impone al Estado una conducta de omisión, consistente en no hacer nada que viole el derecho respectivo, mientras que la obligación de garantizar es positiva, e impone adoptar las medidas legislativas y judiciales necesarias para tutelar dichos derechos⁴⁷. Además, se ha dicho que la expresión “garantizar” incluye también una obligación estatal de promover estos derechos, en virtud de la cual se deben adoptar medidas educativas y de difusión, así como toda otra que conduzca a un clima de respeto y aceptación de los mismos⁴⁸. En la Convención se consagran y protegen los derechos a la vida⁴⁹, a la integridad física y psíquica⁵⁰, a la no discriminación arbitraria⁵¹ y a la igualdad ante la ley⁵².

v.) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Las Repúblicas Argentina, de Chile y Oriental del Uruguay han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que es un tratado internacional de las Naciones Unidas. En dicho tratado, los miembros reconocen que todos los niños

⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 1.

⁴⁷ ZALAUQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. 27p.

⁴⁸ ZALAUQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. pp. 27-28.

⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 4.

⁵⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 5.

⁵¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 1.

⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 24.

tienen derecho a la vida⁵³, a la no discriminación arbitraria⁵⁴, al más alto nivel posible de salud⁵⁵, y a la educación⁵⁶, entre muchos otros. Resulta indispensable hacer referencia a la presente Convención en materia de VIH/SIDA, toda vez que los niños constituyen un grupo potencialmente expuesto a contraer el virus, ya sea por ser víctimas de delitos sexuales, o bien por adquirirlo de su madre durante el embarazo y/o al momento del parto (transmisión vertical).

Existen muchos otros instrumentos internacionales pertinentes al tema que nos compete, principalmente convenios de la Organización Internacional del Trabajo y declaraciones de las Naciones Unidas, especialmente de su programa conjunto sobre VIH/SIDA (en adelante ONUSIDA)⁵⁷. En cualquier caso, los instrumentos internacionales efectivamente mencionados constituyen la normativa general más relevante aplicable al caso, y dan cuenta de un reconocimiento, cuanto menos formal, de ciertos derechos humanos de gran relevancia en materia de VIH/SIDA, por parte de los países del Cono Sur.

⁵³ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 6.

⁵⁴ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 2.

⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 24.

⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 28.

⁵⁷ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

II. LA REGULACIÓN LEGAL INTERNA DEL VIH/SIDA EN LOS PAÍSES DEL CONO SUR.

II.a. La República Argentina

i.) Ley Nacional de Sida argentina y su Decreto Reglamentario.

La ley número 23.798, también llamada Ley Nacional de Sida argentina, constituye el principal cuerpo legal en materia de VIH/SIDA en la República Argentina. Dicha ley data del año 1990, y representa la primera respuesta normativa en el país luego de transcurridos más de 6 años de epidemia⁵⁸. En su artículo 1, el referido cuerpo legal declara de interés nacional a la lucha contra el SIDA, comprendiendo por tal “la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar la educación de la población”⁵⁹. Esta declaración de interés nacional tiene su fundamento en la necesidad de contener la repercusión global negativa de la epidemia de VIH/SIDA, estableciendo explícitamente que el combate contra ella nos compete a todos, y no sólo a quienes están infectados. Si bien a inicios de la epidemia la discriminación en materia de VIH/SIDA fue de gran relevancia en todos los rincones del mundo, en la República Argentina dicho fenómeno fue particularmente atroz. Tanto es así, que en un comienzo la enfermedad fue asociada solamente a los grupos de mayor riesgo, y se le denominó “la enfermedad de las cuatro haches”, aludiendo a los haitianos, heroinómanos, hemofílicos y sobre todo, homosexuales⁶⁰. En este contexto, la declaración de interés nacional se alza como un intento de frenar los acontecimientos descritos, siendo la discriminación el principal factor que motivó la creación de la ley que la contiene. La declaración de interés nacional debe

⁵⁸ MAGLIO, Ignacio. Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida. Buenos Aires, Fundación Huésped, 2011. 14p.

⁵⁹ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 1.

⁶⁰ MAGLIO, Ignacio. Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida. Buenos Aires, Fundación Huésped, 2011. 14p.

interpretarse en el sentido de ser necesaria la implementación de políticas de estado en todos sus ámbitos a través de sendos programas de investigación, prevención y asistencia en VIH/SIDA, garantizando en todos los casos el respeto por los derechos fundamentales de las personas que viven con el virus, a fin de evitar la medicalización y la discriminación⁶¹. Además, el artículo 1 prioriza a la educación como una de las estrategias más efectivas para el trabajo de la prevención del VIH/SIDA⁶², y el decreto reglamentario incorpora “la prevención del SIDA como tema en los programas de enseñanza de los niveles primario, secundario y terciario de educación”⁶³. Siguiendo la misma línea, la ley establece expresamente que “el poder ejecutivo arbitrará medidas para llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, las posibles causas o medios de transmisión y contagio, las medidas aconsejables de prevención y los tratamientos adecuados para su curación, en forma tal que se evite la difusión inescrupulosa (...)”⁶⁴. Por su parte, el artículo 2 de la Ley Nacional de Sida consagra varios principios de interpretación, los cuales deben ser utilizados como guía o pauta para determinar el sentido y alcance de sus diversas disposiciones⁶⁵. Al respecto, se establece expresamente que las normas se interpretarán de tal forma que en ningún caso se afecte la dignidad de las personas⁶⁶ o se produzca cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación⁶⁷. Del mismo modo, el Decreto Reglamentario establece que deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la ley antidiscriminación número 23.592⁶⁸. Sin embargo, el artículo 9 de la Ley Nacional de Sida obliga a realizar el test de detección del virus a todos aquéllos inmigrantes que soliciten su

⁶¹ MAGLIO, Ignacio. Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida. Buenos Aires, Fundación Huésped, 2011. 16p.

⁶² Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 1.

⁶³ Decreto número 1.244. Reglamentación de la Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1991. Artículo 1.

⁶⁴ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 4, letra f).

⁶⁵ MAGLIO, Ignacio. Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida. Buenos Aires, Fundación Huésped, 2011. 18p.

⁶⁶ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 2, letra a).

⁶⁷ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 2, letra b).

⁶⁸ Decreto número 1.244. Reglamentación de la Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1991. Artículo 2.

radicación definitiva en Argentina⁶⁹, situación que a mi entender es discriminadora, pues quedan sujetos a dicho testeo sólo con motivo de su calidad de extranjeros. Finalmente, el decreto reglamentario consagra la confidencialidad como regla general, y se prohíbe al personal de salud revelar la condición seropositiva de un paciente, salvo excepciones muy puntuales allí establecidas⁷⁰. Las demás disposiciones de la ley y de su reglamento principalmente regulan las faltas que se derivan de la trasgresión de las normas expuestas, estableciendo multas para el infractor, cuyos montos deben ser destinados al cumplimiento de los fines señalados en la declaración de interés nacional⁷¹.

ii.) Ley sobre prestaciones obligatorias de las obras sociales.

En 1995, se aprueba la ley número 24.455, que establece la obligatoriedad para las Obras Sociales (sistema público de financiamiento de la salud en Argentina) de promover y cubrir programas de prevención del VIH/SIDA⁷² y de ofrecer tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos a las personas infectadas⁷³. Su cumplimiento es fiscalizado por el Ministerio de Salud y la Acción Social de la Nación⁷⁴.

iii.) Ley sobre prestaciones obligatorias de las empresas o entidades de medicina prepaga.

En el año 1996, se aprueba la ley número 24.754, que establece la obligatoriedad de las empresas o entidades de medicina prepaga (sistema privado de financiamiento de la salud en Argentina) de cubrir, como mínimo, las mismas

⁶⁹ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 9.

⁷⁰ Decreto número 1.244. Reglamentación de la Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1991. Artículo 2, inciso c).

⁷¹ Ley Número 23.798. Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1990. Artículo 13 y siguientes.

⁷² Ley Número 24.455. Obras Sociales y Prestaciones Obligatorias. Buenos Aires, Argentina. 1995. Artículo 1, letra c).

⁷³ Ley Número 24.455. Obras Sociales y Prestaciones Obligatorias. Buenos Aires, Argentina. 1995. Artículo 1, letra a).

⁷⁴ Ley Número 24.455. Obras Sociales y Prestaciones Obligatorias. Buenos Aires, Argentina. 1995. Artículo 4.

prestaciones obligatorias impuestas a las obras sociales, conforme lo establecido por la ley 24.455⁷⁵.

iv.) Ley antidiscriminación.

La República Argentina cuenta con una ley que penaliza los actos discriminatorios desde el año 1988, la ley número 23.592. Esta ley, bastante avanzada en relación a la época de su dictación, prohíbe la discriminación por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social y caracteres físicos⁷⁶. Si bien la ley no menciona explícitamente a las personas infectadas con VIH, estas se entienden incluidas, pues no se trata de una enumeración taxativa y, además, el Decreto Reglamentario de la ley nacional de sida, en su artículo 2, establece expresamente que deberán respetarse las disposiciones de la ley antidiscriminación número 23.592⁷⁷. La ley establece que quién arbitrariamente impida, obstruya, restrinja, o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional Argentina, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o a cesar en su realización, e incluso a reparar el daño moral y material ocasionados⁷⁸. También aumenta la escala penal de todo delito que haya sido motivado por factores de discriminación arbitraria⁷⁹, y prohíbe las organizaciones y propagandas fundadas en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión, o atributos semejantes⁸⁰. Es obligatorio exhibir en el ingreso a los

⁷⁵ Ley Número 24.754. Medicina Prepaga. Buenos Aires, Argentina. 1996. Artículo 1.

⁷⁶ Ley Número 23.592. Ley Antidiscriminación. Buenos Aires, Argentina. 1988. Artículo 1.

⁷⁷ Decreto número 1.244. Reglamentación de la Ley Nacional de Sida. Buenos Aires, Argentina. 1991. Artículo 2.

⁷⁸ Ley Número 23.592. Ley Antidiscriminación. Buenos Aires, Argentina. 1988. Artículo 1.

⁷⁹ Ley Número 23.592. Ley Antidiscriminación. Buenos Aires, Argentina. 1988. Artículo 2.

⁸⁰ Ley Número 23.592. Ley Antidiscriminación. Buenos Aires, Argentina. 1988. Artículo 3.

locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible, el texto de la ley antidiscriminación⁸¹.

v.) Resumen.

En síntesis, dentro del ordenamiento jurídico interno de la República Argentina es posible encontrar distintos instrumentos legales relacionados con la temática en estudio. Entre ellos, cabe destacar la existencia de una Ley Nacional de Sida, que declara de interés nacional la lucha contra el mismo, y señala que la investigación, diagnóstico, tratamiento y eventual rehabilitación de la enfermedad, entre otras materias, deben ser una prioridad nacional. Además, esta ley consagra la obligatoriedad del testeo en inmigrantes que soliciten su radicación definitiva en el país trasandino. También existen instrumentos legales que garantizan un acceso gratuito completo al tratamiento de la enfermedad, obligando a que las entidades públicas y privadas encargadas del financiamiento de la salud en Argentina costeen la totalidad de los gastos de sus afiliados en esta materia. Finalmente, el país cuenta con una ley antidiscriminación que data del año 1988, y que prohíbe toda forma de discriminación efectuada en base a distintos criterios, otorgando al afectado la posibilidad de accionar ante los tribunales de justicia para conseguir el cese del hecho discriminador y su eventual reparación materia y moral. Esta última ley es plenamente aplicable a las personas infectadas por el virus, por disposición expresa de la Ley Nacional de Sida. El país no cuenta con una ley o reglamento que declare obligatorio el testeo del virus en mujeres encintas.

II.b. La República de Chile.

i.) Ley Nacional de Sida chilena y su Decreto Reglamentario.

La ley número 19.779, también llamada Ley Nacional de Sida chilena, constituye el principal cuerpo normativo abocado a la materia que nos compete en nuestro país, aunque no sólo regula la temática del VIH/SIDA, sino que también crea una

⁸¹ Ley Número 23.592. Ley Antidiscriminación. Buenos Aires, Argentina. 1988. Artículo 4.

bonificación fiscal para enfermedades catastróficas⁸², que no será estudiada en esta sección, y que se encuentra rigurosamente normada en sus artículos transitorios. Al igual que en el caso de la República Argentina, el cuerpo legal en comento comienza con una declaración de interés nacional, consagrada en el artículo 1, que considera como un objetivo sanitario, cultural y social a la prevención, diagnóstico y control de la infección, así como también a la asistencia y al libre e igualitario ejercicio de los derechos, sin discriminación alguna, por parte de las personas infectadas⁸³. Adicionalmente, establece de forma expresa que corresponde al Estado de Chile la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de la pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población⁸⁴. Del mismo modo, será el Estado el obligado a instruir a la población⁸⁵, a promover la investigación⁸⁶, y a velar por la atención médica de las personas infectadas⁸⁷. La ley hace remisión a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual debe considerarse en todo momento, cuando existen menores involucrados⁸⁸, y prohíbe la discriminación en contra de las personas infectadas en materia laboral, educacional, y de acceso médico⁸⁹. Por último, en materia de detección del virus, rigen la voluntariedad y la más absoluta confidencialidad⁹⁰, ambas reiteradas por el reglamento respectivo⁹¹, siendo particularmente aplicables las disposiciones de la

⁸² Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 1 transitorio y siguientes.

⁸³ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 1, inciso 1.

⁸⁴ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 1, inciso 2.

⁸⁵ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 3.

⁸⁶ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 4.

⁸⁷ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 6.

⁸⁸ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 2.

⁸⁹ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 7.

⁹⁰ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 5.

⁹¹ Decreto número 182. Reglamento del examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana. Santiago, Chile. 2005. Artículos 2, 3 y 5.

ley 19.628 sobre protección de datos personales⁹². Las demás disposiciones de la ley principalmente regulan las faltas que se derivan de la trasgresión de las normas expuestas, estableciendo multas para el infractor⁹³.

- ii.) Decreto número 45 que modifica la reglamentación de la Ley Nacional de Sida chilena y del examen para la detección del VIH.

El decreto número 182, que tradicionalmente ha sido considerado como el decreto reglamentario de la ley nacional de sida chilena, es en realidad un cuerpo normativo abocado a regular rigurosamente la detección del VIH, más que a reglamentar la ley 19.779. En el año 2011, en Chile, se promulga y publica un nuevo decreto, numerado 45, que introduce importantes modificaciones al decreto número 182, principalmente en materia de voluntariedad sobre la realización del examen de detección del virus, y de confidencialidad sobre los resultados allí obtenidos, ambos principios fundamentales del decreto original. En lo que respecta a la voluntariedad, se establece una nueva excepción, distinta a las ya reguladas por el decreto número 182 (que declaraba obligatorio el examen sólo en casos de donación de sangre o de órganos para trasplante, de elaboración de plasma, y de cualquier otra actividad médica que pudiese ocasionar contagio⁹⁴), en virtud de la cual será también obligatorio el testeo en el control prenatal de mujeres embarazadas⁹⁵. Esta modificación pretende detectar precozmente el virus en las mujeres encintas, para que puedan recibir un tratamiento adecuado que aminore considerablemente las posibilidades de contagiar verticalmente al hijo. Se trata, entonces, de una estrategia sanitaria, destinada directamente a controlar y disminuir la pandemia, brindando una especial protección a los niños, grupo particularmente vulnerable y expuesto. Excepcionalmente, podrá la mujer negarse a la realización del examen, en cuyo caso deberá dejarse constancia de dicha

⁹² Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 5, inciso 4.

⁹³ Ley Número 19.779. Ley de Sida y Bonificación fiscal de enfermedades catastróficas. Santiago, Chile. 2001. Artículo 8 y siguientes.

⁹⁴ Decreto número 182. Reglamento del examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana. Santiago, Chile. 2005. Artículo 5, inciso 2.

⁹⁵ Decreto número 45. Modifica Decreto número 182 del año 2005. Santiago, Chile. 2011. Letra C).

negativa en un documento firmado por ella⁹⁶. En lo que respecta a la confidencialidad, se introduce una primera y hasta ahora única excepción, en virtud de la cual en aquéllos casos en que un paciente, al que se le ha diagnosticado la infección por el VIH, no haga concurrir a atención de salud a las parejas sexuales que voluntariamente haya indicado poseer, el médico podrá contactar en forma reservada a estas personas para ofrecerles el examen de detección, las medidas de prevención y los tratamientos que sean procedentes⁹⁷. Se trata de una modificación igualmente destinada al control y la disminución de la pandemia, pero que ha generado mucha polémica y controversia, por los supuestos perjuicios que podría provocarle a los infectados cuya condición será revelada.

iii.) Ley que establece un régimen general de garantías explícitas en salud.

La ley número 19.966, promulgada y publicada en Chile en el año 2004, crea un régimen general de garantías explícitas en salud (en adelante Plan GES)⁹⁸, cuyo objetivo principal consiste en garantizar la cobertura de un número de enfermedades y/o problemas de salud por parte del Fondo Nacional de Salud (sistema público de financiamiento de la salud en Chile, en adelante FONASA) y de las Instituciones de Salud Previsional (sistema privado de financiamiento de la salud en Chile, en adelante ISAPRES). El Plan GES contiene garantías explícitas de acceso (obligación de FONASA y de las ISAPRES de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas), calidad (la atención de salud garantizada debe ser otorgada por un prestador registrado o acreditado), oportunidad (existe un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas) y protección financiera (la contribución, pago o copago que deberá efectuar el enfermo no podrá en ningún caso ser superior al 20% del costo de la prestación, monto que a su vez no puede exceder de una cierta cantidad de cotizaciones mensuales, que depende, entre otros factores, de la situación socioeconómica del

⁹⁶ Circular 47. Examen para la detección del VIH en embarazadas. Santiago, Chile. 2011.

⁹⁷ Decreto número 45. Modifica Decreto número 182 del año 2005. Santiago, Chile. 2011. Letra B).

⁹⁸ Ley Número 19.966. Ley de Régimen General de Garantías Explícitas en Salud. Santiago, Chile. 2004. Artículo 1.

afiliado y de la cantidad de patologías cubiertas que padece)⁹⁹, y sus beneficiarios serán todas aquellas personas que, siendo afiliadas de FONASA o de una ISAPRE, presenten alguna de las enfermedades contenidas en la lista de patologías GES. El VIH/SIDA forma parte de dicha lista, y por lo tanto todas las personas infectadas en Chile tienen derecho a recibir estas garantías por parte de su ISAPRE o de FONASA, según corresponda.

iv.) Ley de derechos y deberes de los pacientes.

La ley número 20.584, también llamada ley de derechos y deberes de los pacientes, se promulga y publica en Chile en el año 2012, con el objetivo de consagrar normativamente todos aquellos derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud¹⁰⁰. En lo que respecta al tema que nos compete, cabe destacar el reconocimiento del derecho a una atención oportuna (que ya había sido anteriormente garantizado por la ley que regula el Plan Ges) y la prohibición de la discriminación arbitraria en la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud¹⁰¹. Del mismo modo, se reconoce el derecho de los pacientes a un trato digno en su atención¹⁰², y se reitera la relevancia de la confidencialidad (ya protegida en materia de VIH/SIDA por la ley nacional de sida chilena y su decreto reglamentario), al resguardar explícitamente el respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona durante su atención de salud¹⁰³, y la reserva de la información contenida en la ficha clínica¹⁰⁴.

⁹⁹ Ley Número 19.966. Ley de Régimen General de Garantías Explícitas en Salud. Santiago, Chile. 2004. Artículo 4.

¹⁰⁰ Ley Número 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, Chile. 2012. Artículo 1.

¹⁰¹ Ley Número 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, Chile. 2012. Artículo 2.

¹⁰² Ley Número 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, Chile. 2012. Artículo 5.

¹⁰³ Ley Número 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, Chile. 2012. Artículo 5, letra c).

¹⁰⁴ Ley Número 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, Chile. 2012. Artículo 12 y siguientes.

v.) Ley antidiscriminación.

En el año 2012, se promulga y publica en Chile la ley número 20.609, primer cuerpo normativo en la nación abocado directamente a la discriminación, fundamentalmente motivada por el brutal homicidio de Daniel Zamudio, un joven de 24 años de edad que fue asesinado ese mismo año debido a su orientación homosexual. Dicha ley, bastante tardía en relación al escenario legislativo mundial en general y al de la República Argentina en particular, tiene por objetivo principal “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”¹⁰⁵. La ley, junto con establecer qué debe entenderse por una discriminación arbitraria, enumera ciertos criterios de discriminación que considera particularmente sospechosos de arbitrariedad, incluyendo entre ellos la discapacidad o enfermedad¹⁰⁶, esta última de gran relevancia, pues en ella se entienden incluidas las personas infectadas por el virus. Lo más importante de la ley antidiscriminación chilena es la creación de la acción de no discriminación arbitraria, que se tramita ante el juez de letras correspondiente¹⁰⁷, y que permite no sólo declarar judicialmente la existencia de la discriminación arbitraria, sino también, como es lógico, poner término a dicha situación, restablecer el imperio del derecho y proteger al afectado¹⁰⁸.

vi.) Resumen.

La República de Chile cuenta con distintos instrumentos legales internos que se encuentran relacionados con la temática en estudio, sea de forma directa o indirecta. En primer lugar, tiene una Ley Nacional de Sida que declara de interés nacional la lucha contra el mismo, especificando que constituye una obligación del

¹⁰⁵ Ley Número 20.609. Establece medidas contra la discriminación. Santiago, Chile. 2012. Artículo 1.

¹⁰⁶ Ley Número 20.609. Establece medidas contra la discriminación. Santiago, Chile. 2012. Artículo 2.

¹⁰⁷ Ley Número 20.609. Establece medidas contra la discriminación. Santiago, Chile. 2012. Artículo 3.

¹⁰⁸ Ley Número 20.609. Establece medidas contra la discriminación. Santiago, Chile. 2012. Artículo 12.

Estado de Chile velar por la investigación, tratamiento, y detección del virus, entre otras materias. Además, esta ley prohíbe en forma expresa la discriminación en contra de las personas infectadas. Otro instrumento legal de gran relevancia es el decreto número 182, que regula minuciosamente la detección del virus, consagrando la máxima voluntariedad y confidencialidad. Este decreto fue modificado por el decreto numerado 45, que estableció la obligatoriedad del testeo en mujeres encintas y la facultad del médico de contactar a las parejas sexuales que voluntariamente haya indicado poseer el infectado, con la finalidad de ofrecerles un eventual tratamiento. También cabe destacar la ley de régimen general de garantías explícitas en salud (Plan GES) que pretende asegurar un acceso oportuno y de calidad, con protección financiera, para el tratamiento de una lista de enfermedades allí incluidas, entre las cuales se encuentra el VIH/SIDA. En virtud de esta ley, los nacionales chilenos sólo pueden llegar a financiar un máximo de 20% de la totalidad de su tratamiento (y puede ser menos, según su condición socioeconómica), debiendo las instituciones financieras de salud cubrir el resto de los gastos en esta materia. Por último, la nación cuenta con una ley sobre deberes y derechos de los pacientes, y con una ley antidiscriminación. La primera de ellas reitera derechos de acceso, tratamiento, privacidad e igualdad (entre otros), mientras que la segunda (bastante reciente, pues data del año 2012) define la discriminación arbitraria, crea una acción destinada al cese del hecho discriminador, y enumera criterios sospechosos de discriminación, entre los cuales se encuentra la distinción en base a enfermedades.

II.c. La República Oriental del Uruguay.

A diferencia de las Repúblicas Argentina y de Chile, la República Oriental del Uruguay carece de una ley nacional abocada a regular específicamente la temática del VIH/SIDA. No obstante ello, existen otros tipos de instrumentos legales destinados a normar aspectos puntuales relativos a la pandemia, además de múltiples leyes indirectamente relacionadas.

- i.) Decreto 223/988 que declara obligatorio el despistaje en el análisis de sangre.

El decreto 223 del año 1988 representa la primera respuesta normativa de la República Oriental del Uruguay frente a la creciente pandemia del VIH/SIDA. El referido instrumento legal simplemente se limita a establecer la obligatoriedad del despistaje sistemático del VIH, de toda sangre a utilizar en el país, para transfundir y producir hemoderivados¹⁰⁹. Se trata de una medida sanitaria básica e indispensable, igualmente consagrada en las leyes nacionales de sida argentina y chilena, junto a sus respectivos reglamentos.

ii.) Decreto 294/992 que crea el día nacional de lucha contra el SIDA.

La República Oriental del Uruguay es el único país del Cono Sur que tiene su propio día nacional de lucha contra el SIDA (el 29 de Julio de cada año), sin perjuicio de reconocer igualmente el día mundial de lucha contra el SIDA, que se conmemora a nivel internacional el primer día de diciembre¹¹⁰. El día seleccionado por los uruguayos no es resultado del azar, sino que coincide con la fecha en que se detectó el primer caso de VIH en el país, y su finalidad consiste en “prevenir y educar a la población contra los factores de riesgo de dicha enfermedad, así como promover las acciones de lucha contra la misma”¹¹¹. Es usual que cada año miles de uruguayos conmemoren su día nacional de lucha contra el SIDA, y el gobierno suele financiar la realización de actividades educativas y culturales gratuitas¹¹².

iii.) Decreto 295/997 que declara obligatorio la pesquisa del VIH en embarazadas.

En el año 1997, la República Oriental del Uruguay se transformó en el primer país del Cono Sur en declarar obligatorio la pesquisa del VIH en mujeres encintas, previo su consentimiento informado¹¹³. Casi 15 años después, en el año 2011, la

¹⁰⁹ Decreto número 223/988. Despistaje obligatorio del VIH en el análisis de sangre. Montevideo, Uruguay. 1988. Artículo 1.

¹¹⁰ Día Nacional de Lucha contra el SIDA. El país. Montevideo, Uruguay. 29 de julio, 2008.

¹¹¹ Decreto número 294/992. Día nacional de lucha contra el SIDA. Montevideo, Uruguay. 1992. Artículo 1.

¹¹² Día Nacional de Lucha contra el SIDA. El país. Montevideo, Uruguay. 29 de julio, 2008.

¹¹³ Decreto número 295/997. Pesquisa del VIH en mujeres embarazadas en todo el territorio nacional. Montevideo, Uruguay. 1997. Artículo 1.

República de Chile declaró obligatoria la misma medida¹¹⁴, mientras que en la República Argentina aún no se ha decretado. Además, el decreto en cuestión establece que si una mujer embarazada resulta estar infectada con el virus, se procederá previo consentimiento informado por esta, a la administración del tratamiento con antirretrovirales¹¹⁵.

iv.) Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Salud.

La ley número 18.211 crea el Sistema Nacional Integrado de Salud (en adelante SNIS), cuyo objetivo es regular los prestadores públicos y privados de atención médica, asegurando el acceso de todos los uruguayos a servicios integrales de salud¹¹⁶. El SNIS está compuesto por un sector público y otro privado, siendo el principal prestador de servicios públicos la Administración de Servicios de Salud del Estado (en adelante ASSE), y el principal privado las denominadas Instituciones de Asistencia Médica Colectiva (en adelante IAMC)¹¹⁷. Ambas se encuentran obligadas a prestar una atención integral a las personas infectadas por el virus del VIH¹¹⁸, incluyendo por ley el tratamiento con antirretrovirales en el caso de las IAMC¹¹⁹. La República Oriental del Uruguay es considerada como uno de los pocos países latinoamericanos en alcanzar una cobertura universal en el acceso a la medicación antirretroviral, tanto desde el ámbito público como el privado¹²⁰.

v.) Ley de derechos y obligaciones de los pacientes.

Desde el año 2008, la República Oriental del Uruguay cuenta con una ley que regula los derechos y obligaciones que tienen los pacientes. Se trata de la ley número 18.335, que reconoce los derechos que tienen todos los pacientes a la no

¹¹⁴ Decreto número 45. Modifica Decreto número 182 del año 2005. Santiago, Chile. 2011. Letra C).

¹¹⁵ Decreto número 295/997. Pesquisa del VIH en mujeres embarazadas en todo el territorio nacional. Montevideo, Uruguay. 1997. Artículo 2.

¹¹⁶ Ley Número 18.211. Sistema Nacional Integrado de Salud. Montevideo, Uruguay. 2007. Artículo 2.

¹¹⁷ ARAN, Daniel. LACA, Hernán. Sistema de Salud de Uruguay. 268-269, 2011.

¹¹⁸ ARAN, Daniel. LACA, Hernán. Sistema de Salud de Uruguay. 269, 2011.

¹¹⁹ Resolución número 171/97. Tratamiento con antirretrovirales en prestaciones obligatorias de las IAMC. Montevideo, Uruguay. 1997. Artículo 1.

¹²⁰ VIH: cobertura nacional total. El Espectador. Montevideo, Uruguay. 30 de septiembre, 2009.

discriminación¹²¹, a una atención en salud de calidad¹²², a un acceso a los medicamentos pertinentes y de calidad¹²³, a recibir un trato digno¹²⁴, y a la privacidad¹²⁵, todos ellos derechos fundamentales en materia de VIH/SIDA. Sus infracciones son sancionadas administrativamente¹²⁶.

vi.) Ley que prohíbe la discriminación en materia laboral.

La ley número 16.045, que data desde el año 1989, prohíbe toda forma de discriminación que “viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o rama de la actividad laboral”¹²⁷. Se trata de una ley de orden público¹²⁸, que además fomenta expresamente la educación de la población en materia laboral¹²⁹. De sus infracciones pueden conocer el Juez Letrado del Trabajo de Montevideo o el Juez Letrado de Primera Instancia Departamental, quienes adoptarán las medidas que estimen necesarias para garantizar el cese de la situación denunciada¹³⁰, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones administrativas que igualmente correspondan¹³¹.

vii.) Ley de lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación.

¹²¹ Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 2.

¹²² Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 7.

¹²³ Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 7, inciso 2.

¹²⁴ Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 17.

¹²⁵ Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 21.

¹²⁶ Ley Número 18.335. Pacientes y usuarios de los servicios de salud. Montevideo, Uruguay. 2008. Artículo 25.

¹²⁷ Ley Número 16.045. Prohíbe discriminación en la actividad laboral. Montevideo, Uruguay. 1989. Artículo 1.

¹²⁸ Ley Número 16.045. Prohíbe discriminación en la actividad laboral. Montevideo, Uruguay. 1989. Artículo 8.

¹²⁹ Ley Número 16.045. Prohíbe discriminación en la actividad laboral. Montevideo, Uruguay. 1989. Artículo 6.

¹³⁰ Ley Número 16.045. Prohíbe discriminación en la actividad laboral. Montevideo, Uruguay. 1989. Artículo 4.

¹³¹ Ley Número 16.045. Prohíbe discriminación en la actividad laboral. Montevideo, Uruguay. 1989. Artículo 5.

La República Oriental del Uruguay cuenta con una ley de lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación desde el año 2004, la ley número 17.817. Dicha ley, muy posterior a la ley antidiscriminación argentina pero previa a la chilena, declara de interés nacional “la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación”¹³². Además, define qué debe entenderse por discriminación, y enumera los distintos motivos de diferenciación que la constituyen¹³³, siendo en general bastante similar a las otras leyes de antidiscriminación ya estudiadas. Su novedad radica en la creación de una Comisión Honoraria contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación¹³⁴, cuyo principal objeto es proponer políticas nacionales y medidas concretas que permitan prevenirlos y combatirlos¹³⁵. En cualquier caso, no se trata del primer cuerpo legal abocado a combatir la discriminación en la nación, pues la ley 16.045, que prohíbe toda forma de discriminación en materia laboral, le antecede por 15 años.

viii.) Resumen.

En síntesis, la República Oriental del Uruguay no cuenta con una Ley Nacional de Sida, ni tampoco ha proclamado de interés nacional la lucha contra dicha enfermedad. Sólo existen decretos destinados a regular aspectos específicos en esta materia, y varias leyes indirectamente relacionadas. Dentro de su ordenamiento jurídico, cabe destacar los decretos 294/992 y 295/997, que consagran el día nacional de lucha contra el SIDA (de gran popularidad, destinado principalmente a educar a la población), y la obligatoriedad del testeo del virus en mujeres encintas, respectivamente. También resulta fundamental la ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Salud, pues garantiza una atención médica integral y gratuita en esta materia, tanto en el sistema público como en el privado. Por último, cabe mencionar la ley de derechos y deberes de los pacientes, que

¹³² Ley Número 17.817. Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación. Montevideo, Uruguay. 2004. Artículo 1.

¹³³ Ley Número 17.817. Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación. Montevideo, Uruguay. 2004. Artículo 2.

¹³⁴ Ley Número 17.817. Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación. Montevideo, Uruguay. 2004. Artículo 3.

¹³⁵ Ley Número 17.817. Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación. Montevideo, Uruguay. 2004. Artículo 4.

establece sanciones administrativas en caso de vulnerarse distintos derechos fundamentales de los enfermos, y las leyes de antidiscriminación y prohibición de discriminación en materia laboral, que prohíben las distinciones arbitrarias y permiten el acceso a la justicia para reestablecer el imperio del derecho.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DISTINTAS REGULACIONES LEGALES DEL VIH/SIDA DE LOS PAÍSES DEL CONO SUR, Y DE SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS RATIFICADAS.

III.a. Aspectos generales.

Las Republicas Argentina y de Chile poseen leyes nacionales abocadas directamente a regular la temática del VIH/SIDA, lo que da cuenta de un reconocimiento, por parte de ambas naciones, de la relevancia y sensibilidad que merece la pandemia. Además, las respectivas declaraciones de interés nacional de ambos países reafirman dicho reconocimiento, y constituyen un excelente punto de partida para regular apropiadamente la materia en cuestión, pues al plantear el tema como un problema colectivo y nacional, que nos compete a todos, se favorece la unidad social y la integración de quiénes están infectados. La República Oriental del Uruguay, en cambio, no posee una ley nacional que esté directamente destinada a regular el tema, ni tampoco ha declarado de interés nacional la lucha contra la infección. No obstante ello, posee otros tipos de instrumentos legales, principalmente decretos, mediante los cuales ha regulado los aspectos más relevantes de la pandemia. Al respecto, cabe recordar el decreto 294/992, que crea el día nacional de lucha contra el SIDA, y que a mi entender amortigua, en parte, la ausencia de una declaración de interés nacional, pues implica un reconocimiento de la temática como un problema colectivo, y no individual. Dicho día goza de gran popularidad en el país, cuenta con la participación anual de miles de uruguayos, y se materializa, entre otras formas, mediante la realización de múltiples actividades educativas y culturales gratuitas¹³⁶, de modo tal que su contribución a la unidad social e integración es innegable. Así entendido, cabe desde ya tener presente que los tres países del Cono Sur, mediante su regulación interna, le han dado al tema del VIH/SIDA una relevancia mayor que al de otras enfermedades, reconociendo implícitamente su magnitud y delicadeza, dejando en evidencia que no sólo afecta a

¹³⁶ Día Nacional de Lucha contra el SIDA. El país. Montevideo, Uruguay. 29 de julio, 2008.

quiénes están infectados, sino que nos interesa y compete a todos. Este aspecto es de máxima importancia, pues cualquier país que pretenda proteger los derechos humanos de las personas infectadas, debe gozar de cimientos jurídicos sólidos, compatibles con dicho objetivo, que sitúen al tema en estudio por sobre otros de menor interés, y que reconozcan su real envergadura y alcances. Si bien las tres naciones en comento logran cumplir con lo expuesto, las Repúblicas Argentina y de Chile destacan por sobre la Oriental del Uruguay, siendo muy recomendable que esta última promulgue una ley nacional de sida a futuro, declarando de interés nacional la lucha contra el mismo.

III.b. Compatibilidad con los derechos humanos.

i.) La vida, la integridad física y psíquica, y la salud.

a. Parámetro teórico.

Los derechos a la vida, la integridad física y psíquica y la salud, si bien difieren en cuanto a su contenido y alcance, deben ser estudiados conjuntamente en esta materia, pues todos ellos se relacionan directa o indirectamente con el bienestar médico de las personas infectadas por el VIH/SIDA¹³⁷.

El derecho a la vida está protegido de manera simple y casi en forma idéntica por los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que lo consagran, y que se encuentran ratificados por los países en estudio¹³⁸. En general, de sus disposiciones se desprenden dos tipos de garantías: Una genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida, y otras más específicas que restringen la aplicación de la pena de muerte¹³⁹. Sin lugar a dudas, el derecho a la vida ocupa un

¹³⁷ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

¹³⁸ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 96p.

¹³⁹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 97p.

lugar especial en la nómina de los derechos fundamentales de la persona. Aunque la doctrina afirma que todos los derechos humanos tienen igual valor, a la hora de examinar casos concretos de violaciones de estos derechos, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter especial del derecho a la vida¹⁴⁰. Una de las primeras y más importantes discusiones doctrinarias que han sido abordadas respecto del derecho a la vida, es si este constituye sólo un derecho o también una obligación¹⁴¹. La discusión no es menor en esta materia, toda vez que según se siga una u otra postura, serán distintas las actitudes que los Estados deban adoptar en lo que respecta a la voluntariedad u obligatoriedad del tratamiento médico y farmacológico de las personas infectadas. En general, se ha dicho que la vida es un derecho y no una obligación, y por lo tanto, que los Estados no deben forzar a las personas a recibir una atención médica que no desean, salvo que se trate de personas mentalmente enfermas o menores de edad. En este último caso, en atención a la condición de desarrollo en que se encuentran, el Estado debería forzar a los niños y adolescentes a recibir un tratamiento médico, guiándose por su leal saber y entender¹⁴². Otro aspecto de interés para el tema en estudio, es si el derecho a la vida debe entenderse protegido sólo desde el nacimiento, o bien por el contrario, desde alguna etapa en especial del embarazo o inclusive desde el momento mismo de la concepción. La relevancia radica en que la postura adoptada determinará si el Estado está obligado o no a adoptar medidas legislativas y administrativas destinadas a evitar el contagio vertical de madre a hijo, como el testeo obligatorio en mujeres embarazadas y su eventual tratamiento forzado. En este tema en particular, cabe recordar que los tres Estados en comento ratificaron la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 4 dispone que este derecho estará

¹⁴⁰ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 96 y 97p.

¹⁴¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. 62p.

¹⁴² MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. 65p.

establecido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción¹⁴³. Si bien esta disposición ha generado mayor revuelo en el debate respecto del aborto, no deja de ser atinente al caso, pues los tres Estados se han obligado a proteger el derecho a la vida en general desde el momento de la concepción, y ello implica que deben adoptar medidas para evitar el contagio vertical, pues atenta directamente contra la vida del feto. En resumen, las naciones en estudio, desde el punto de vista internacional, se han obligado a proteger el derecho a la vida en general desde el momento de la concepción, considerándolo a éste esencialmente como un derecho y no una obligación de sus habitantes, lo que en principio debería traducirse en una voluntariedad del tratamiento médico, con excepción de las personas dementes y menores de edad, casos en que el Estado puede y debe intervenir en forma forzada, si lo considera necesario. Esta protección del derecho a la vida, tal y como se señaló en el primer capítulo de este trabajo investigativo¹⁴⁴, conlleva las obligaciones de respetar, garantizar y promover. La obligación de respetar impone al Estado una conducta de omisión, consistente en no hacer nada que viole el derecho respectivo, mientras que la obligación de garantizar es positiva, e impone adoptar las medidas legislativas y judiciales necesarias para tutelar dichos derechos¹⁴⁵. Dentro de esta última, se incluye también una obligación estatal de promover estos derechos, en virtud de la cual se deben adoptar medidas educativas y de difusión, así como toda otra que conduzca a un clima de respeto y aceptación de los mismos¹⁴⁶.

El derecho a la integridad física y psíquica, en general, se relaciona con la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁴⁷. No

¹⁴³ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. 66p.

¹⁴⁴ Véase Capítulo I; Sub capítulo I.c. El reconocimiento de los Derechos Humanos implicados por parte de los países del Cono Sur; Sección iv). Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁴⁵ ZALAQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. 27p.

¹⁴⁶ ZALAQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998. pp. 27-28.

¹⁴⁷ BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995. 30p.

obstante ello, en doctrina los autores tienden a ampliar dicha visión tan restringida, y extienden la noción de este derecho al respeto de toda persona humana, y de sus decisiones personales¹⁴⁸, así como también a la prohibición de herir físicamente a una persona, o de impedir arbitrariamente que desarrolle su legítimo proyecto de vida¹⁴⁹. Esta postura surge, según han dicho algunos autores, del tenor literal de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pues el artículo 5 establece en su primer inciso el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y en el segundo la prohibición de ciertas conductas, lo cual sugiere que la norma tiene un contenido mayor que la mera prohibición contra la tortura y demás conductas punibles¹⁵⁰. Considerando esta visión amplia, este derecho fundamental, en materia de VIH/SIDA, tiene relevancia desde dos grandes puntos de vista: En primer lugar, en lo que respecta a la aplicación de tratamientos médicos sin el consentimiento del interesado, situación que puede ser considerada como una violación de la integridad personal¹⁵¹, y en segundo lugar, en lo que respecta al acceso a un tratamiento médico oportuno y de calidad, pues de no existir dicho acceso, la enfermedad progresa y se hiere físicamente a las personas infectadas, lo que de por sí constituye una vulneración de su integridad personal según se explicó, independientemente de si haya o no un resultado de muerte. En cuanto al primero de estos aspectos, la ley y la doctrina coinciden con aquello que se planteó respecto de si era obligatorio o no medicar a los pacientes a propósito del debate de si el derecho a la vida es sólo un derecho de las personas o también una obligación. Efectivamente, en el caso de menores de edad y personas que padecen enfermedades psicológicas, la doctrina mayoritaria y los principios sobre la protección de los enfermos mentales (principio 11) permiten que estas personas

¹⁴⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. 138p.

¹⁴⁹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 198p.

¹⁵⁰ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. 138p.

¹⁵¹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 199p.

sean sujetos a tratamientos médicos sin su consentimiento, en casos específicos¹⁵², pero la regla general para el resto de las personas sigue siendo la absoluta voluntariedad en cuanto a recibir o no un tratamiento médico. En cuanto al segundo de estos aspectos, sólo cabe recordar que la infección por VIH/SIDA constituye una enfermedad que, sin tratamiento, progresa y se agrava, debilitando el sistema inmunológico de la persona infectada y exponiéndolo a contraer todo tipo de infecciones oportunistas, muchas de las cuales pueden dejar secuelas irreversibles¹⁵³, y por lo tanto, si no existe posibilidad de acceder a un tratamiento médico oportuno y de calidad, se hiere físicamente al afectado, y como tal, se lesiona su integridad personal. En resumen, las naciones en estudio se han obligado a respetar, garantizar y promover el derecho a la integridad personal de sus habitantes, y como tal, cada una debe poseer un sistema de salud que permita el acceso de los infectados a un tratamiento médico oportuno y de calidad, pues de lo contrario transgreden su obligación de garantizar dicho derecho, al no adoptar medidas legislativas y judiciales que permitan la atención médica de los afectados, situación que, según se explicó, los hiere físicamente. Del mismo modo, las tres naciones deben optar por la voluntariedad del tratamiento médico (con las ya explicadas excepciones de los menores de edad y las personas que padecen enfermedades mentales), pues de lo contrario transgreden su obligación de respetar la integridad personal, al violar las decisiones personales de los afectados, lo que constituye una efectiva vulneración de esta conducta de omisión a la cual se han obligado, consistente en no hacer nada que viole el derecho respectivo.

El derecho a la salud ha sido consagrado en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en cuyo preámbulo se define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades; también se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es

¹⁵² O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 199p.

¹⁵³ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social¹⁵⁴. Con posterioridad a ello, fue consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁵, en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵⁶, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁷, entre otros. Este último, en general, es considerado como el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud, y lo sintetiza como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, otorgándoles a ambas categorías la misma consideración¹⁵⁸. El derecho a la salud comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los denomina "factores determinantes básicos de la salud", y entre ellos incluye el derecho al agua potable, a alimentos aptos para el consumo, y a condiciones salubres de trabajo, entre otros¹⁵⁹. Desde el punto de vista de la materia en estudio, lo relevante es destacar que el derecho a la salud comprende la libertad de no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, así como también los derechos a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y el acceso igual y oportuno a medicamentos esenciales y servicios de salud básicos¹⁶⁰. Los servicios, bienes e instalaciones de salud deben facilitarse a todos sin discriminación, y deben

¹⁵⁴ ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 1p.

¹⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 25 n°1.

¹⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 24.

¹⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 12.

¹⁵⁸ ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 12p.

¹⁵⁹ ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 3p.

¹⁶⁰ ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 4p.

ser aceptables y de buena calidad¹⁶¹. En resumen, el derecho a la salud hace más bien referencia al derecho a disfrutar de un conjunto de bienes, instalaciones, servicios y condiciones que son necesarios para su realización. Por ello, describirlo como el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental es más exacto que como un derecho incondicional a estar sano¹⁶².

b. Realidad práctica.

Los tres países del Cono Sur han reconocido estos derechos mediante distintos instrumentos internacionales que han ratificado. Si bien en ninguna de las naciones en estudio existen instrumentos legales que fuercen a los infectados a recibir un tratamiento médico (situación plenamente concordante con la concepción de la vida sólo como un derecho y no como una obligación; con la interpretación amplia del derecho a la integridad personal, incluyendo en él un respeto por las decisiones personales; y con la libertad de tratamiento que implica el derecho a la salud), algunas de sus disposiciones internas sobre VIH/SIDA no son plenamente compatibles con las obligaciones internacionales contraídas. En las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, las personas infectadas con el virus tienen derecho a una atención de salud y tratamiento farmacológico gratuitos, pues las distintas instituciones de financiamiento de la salud, públicas o privadas, cubren la totalidad de los gastos médicos de quienes están infectados. En la República de Chile, en cambio, sólo existe una protección financiera parcial, que forma parte del Plan Ges, y que garantiza una cobertura gratuita de, al menos, el 80% de los gastos, dependiendo de la capacidad de pago del paciente. Por lo tanto, aun cuando en los tres países el acceso a la asistencia médica se encuentra garantizado legalmente, en la República de Chile sólo existe una gratuidad total del mismo para los infectados que son muy vulnerables económicamente, debiendo el resto costear una cantidad que, si bien porcentualmente parece menor, en ciertos casos puede alcanzar una suma muy elevada. Esta situación no sólo atenta contra el derecho a la salud de las personas infectadas, sino también contra sus derechos

¹⁶¹ ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 5p.

¹⁶² ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006. 6p.

a la vida e integridad personal, pues el Estado transgrede su obligación de garantizarlos, al no adoptar las medidas legislativas necesarias para tutelar una atención médica real y efectiva de esta enfermedad, que puede herir físicamente a los infectados y es potencialmente letal. Otro aspecto donde existen falencias respecto de estos derechos, es en materia de obligatoriedad del examen de detección del virus para las mujeres embarazadas, situación que constituye la regla general en las Repúblicas de Chile y Oriental del Uruguay, pero que no ha sido instaurada en la República Argentina. Efectivamente, según se explicó en su oportunidad, las tres naciones se han obligado a proteger el derecho a la vida en general desde el momento de la concepción, en los términos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y sólo pueden lograrlo si detectan tempranamente la presencia del virus en mujeres encintas, y adoptan las medidas legislativas necesarias para evitar el contagio vertical de madre a hijo. Esta falencia de la República Argentina demuestra un incumplimiento de dicha nación con respecto a su obligación de garantizar los derechos humanos en comento, pues pone en riesgo la vida e integridad del bebé, al exponerlo a un eventual contagio de esta enfermedad que puede lesionarlo o matarlo. Además, atenta directamente contra la Convención sobre los Derechos del Niño, pues no hace prevalecer el principio del interés superior del menor.

ii.) La igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria, y el trabajo.

a. Parámetro teórico.

La igualdad ante la ley y los derechos a la no discriminación arbitraria y al trabajo serán estudiados conjuntamente, toda vez que los dos primeros se encuentran estrechamente vinculados¹⁶³, y el tercero se relaciona con ambos en materia de VIH/SIDA, al ser la discriminación en contra de las personas infectadas, el factor que les repercute laboralmente¹⁶⁴.

¹⁶³ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 916p.

¹⁶⁴ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

La igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria se encuentran reconocidos en prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los países en estudio, entre los cuales cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶⁵, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁶, la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁷ y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶⁸. Se trata de dos principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁹, que son de la máxima trascendencia en materia de VIH/SIDA¹⁷⁰. Los conceptos de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria están estrechamente vinculados, pero no son idénticos. Según ha dicho la doctrina, la forma en que ambos principios están consagrados en los distintos instrumentos internacionales parece indicar que son complementarios, y más específicamente, que la no discriminación arbitraria es un corolario o una consecuencia de la igualdad entre todas las personas¹⁷¹. Otros autores, en cambio, sostienen que la relación existente entre ambos principios es de derecho a bien jurídico protegido, pues el derecho humano propiamente tal sería a la no discriminación arbitraria, y el bien jurídico que aquél protege sería la igualdad ante la ley¹⁷². En cualquier caso, la generalidad de

¹⁶⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 7.

¹⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 26.

¹⁶⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Artículo 24.

¹⁶⁸ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 2.

¹⁶⁹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 915p.

¹⁷⁰ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

¹⁷¹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 916p.

¹⁷² O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago,

los instrumentos internacionales tiene una consagración similar, que liga el derecho a la no discriminación arbitraria con la prohibición de distinguir en base a ciertos criterios generalmente enumerados en forma no taxativa, y usualmente respaldado por un enfoque jus naturalista del principio de la igualdad, que inicia desde el nacimiento de la persona y se sustenta en su propia dignidad¹⁷³. Entre los criterios en base a los cuales se prohíbe distinguir, no se menciona en forma expresa la infección por VIH/SIDA, pero ésta debe entenderse incluida, pues la doctrina mayoritaria es unánime en afirmar que no se trata de enumeraciones taxativas, y que dentro de ellas se encuentra incorporada la prohibición de toda distinción que carezca de justificación razonable¹⁷⁴. Frente a estos principios trascendentales, los Estados no sólo tienen el deber negativo de no incurrir en la discriminación (que corresponde a su obligación de “respetar”, en los términos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), sino también obligaciones positivas de proteger a las personas contra la misma (que se identifica con la obligaciones de “garantizar” y “promover”, en los términos de la misma Convención)¹⁷⁵. En resumen, desde el punto de vista internacional, las naciones en estudio han reconocido la igualdad de todos los seres humanos, sin excepción, y se han comprometido a respetar, garantizar y promover dicha igualdad, lo que implica no incurrir en la discriminación, y a la vez, adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para proteger a sus habitantes de los actos discriminadores. Esta protección alcanza a las personas que viven con el virus del VIH/SIDA, pues distinguir en base a una enfermedad carece de justificación razonable, y como tal, constituye una discriminación arbitraria.

Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 918p.

¹⁷³ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 955p.

¹⁷⁴ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 956p.

¹⁷⁵ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 923p.

El derecho humano al trabajo aparece consagrado en distintos instrumentos internacionales ratificados por los países en estudio. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a fundar sindicatos para la defensa de sus derechos laborales y a igual salario por trabajo igual¹⁷⁶. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales indica que el derecho al trabajo comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado¹⁷⁷. Además, hace hincapié en la obligación de los Estados de orientar y formar técnico y profesionalmente a sus habitantes, asegura una remuneración por el trabajo realizado, consagra las obligaciones de descanso, seguridad e higiene en el trabajo, y establece la igual oportunidad para ser promovido en base al tiempo de servicio y la capacidad¹⁷⁸. La relevancia máxima del derecho al trabajo radica en que constituye la base para una vida digna, pues sólo con una remuneración aceptable se puede acceder a bienes y servicios básicos¹⁷⁹. En materia de VIH/SIDA, este derecho humano se encuentra íntimamente relacionado con la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, pues se ve vulnerado cada vez que una persona es discriminada en materia laboral por ser portadora del virus, ya sea al momento de postular a un empleo nuevo, o bien a una promoción o ascenso dentro de un empleo que ya le pertenece, o al recibir una remuneración inferior por igual trabajo, con razón de su condición¹⁸⁰. En síntesis, el derecho al trabajo es el derecho fundamental humano por el que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la

¹⁷⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). París, Francia, diciembre de 1948. Artículo 23.

¹⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 6.

¹⁷⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículos 6 y 7.

¹⁷⁹ O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. 205p.

¹⁸⁰ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

protección del desempleo, sin discriminación, con igualdad salarial, remuneración digna, protección social y derecho de sindicación. En la materia que nos compete, las tres naciones están obligadas a no discriminar en materia laboral en base a la infección por VIH/SIDA, y a proteger a las personas infectadas de dicha discriminación, asegurándoles la posibilidad de acceder a un empleo digno, con igual remuneración por trabajo igual, y las mismas posibilidades de ascenso o promoción en base al tiempo de servicio y capacidad, independientemente de su condición de infectados.

b. Realidad práctica.

Los tres países en estudio han promulgado leyes destinadas específicamente a combatir la discriminación, resguardando la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, derechos que han reconocido en distintos instrumentos internacionales. La República Argentina fue la primera en promulgar una ley antidiscriminación, en el año 1988, seguida de la República Oriental del Uruguay, en el año 2004, y de la República de Chile, en el año 2012, esta última en el marco de un escenario de gran polémica, y bajo una importante presión internacional. A mi entender, estas leyes tienen muy poca relevancia práctica, pues versan sobre derechos que ya están consagrados por las cartas máximas nacionales, y protegidos por sus correspondientes acciones constitucionales. Poseen, en cambio, una marcada importancia simbólica, pues son bastante populares, y contribuyen a difundir el conocimiento y respeto por estos derechos, favoreciendo con ello la integración de quienes están infectados. Por otra parte, las tres naciones han consagrado la confidencialidad como regla general en materia de VIH/SIDA, ya sea explícitamente, como en el caso de las Repúblicas Argentina y de Chile, o bien, a falta de una consagración expresa, por la aplicación de normas generales sobre derechos de los pacientes, como en el caso de la República Oriental del Uruguay. Esto es de la máxima importancia, pues la connotación social negativa que existe de la pandemia, torna necesaria la confidencialidad de la identidad de los infectados, para así prevenir conductas de discriminación en su contra. La norma que declara obligatorio el testeo del VIH en inmigrantes que solicitan su radicación definitiva en la República Argentina, es la única disposición legal del Cono Sur abiertamente discriminatoria, e incompatible con la igualdad ante la ley. Dicha

nación impide que extranjeros se radiquen de forma definitiva en su territorio por el sólo hecho de ser portadores del virus del VIH/SIDA, incumpliendo así su obligación de no discriminar a las personas infectadas, esto es, su obligación de respetar la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria. En lo que respecta al derecho al trabajo, éste se ve protegido en los mismos términos, pues es justamente la discriminación en contra de las personas infectadas, el factor que les repercute laboralmente. Así entendido, las leyes antidiscriminación promulgadas por los tres países, conjuntamente con sus disposiciones constitucionales sobre igualdad ante ley y sus respectivas acciones fundamentales, resguardan indirectamente el derecho humano al trabajo de los infectados, al prohibir todo tipo de discriminación arbitraria y crear acciones destinadas a restablecer el imperio del derecho en caso de discriminación. Conjuntamente con dichas normas y acciones genéricas, la República Oriental del Uruguay cuenta con una ley específica que prohíbe todo tipo de discriminación en materia laboral.

iii.) La educación.

a. Parámetro teórico.

Este derecho humano está reconocido en diversos instrumentos internacionales, pero su consagración más extensa se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que ha sido ratificado por las tres naciones en estudio. Al respecto, el referido instrumento establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, mientras que las enseñanzas secundaria y superior deben ser generalizadas y accesibles a todos, idealmente por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita¹⁸¹. Estos parámetros son respaldados y reiterados por la Convención sobre los Derechos del Niño, en prácticamente los mismos términos¹⁸². En base a lo expuesto, y a otras disposiciones del Pacto Internacional de DESC, la doctrina ha definido el derecho humano a la educación como el derecho a

¹⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200A (XXI). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, diciembre de 1966. Artículo 13.

¹⁸² Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, noviembre de 1989. Artículo 28.

una educación primaria gratuita obligatoria para todos los niños y adolescentes, una obligación a desarrollar una educación secundaria asequible para toda la juventud pertinente, como también un acceso equitativo a la educación superior, una responsabilidad de proveer educación básica a los individuos que no han completado la educación primaria, y las obligaciones de eliminar la discriminación en todos los niveles del sistema educativo, fijar estándares mínimos y mejorar la calidad¹⁸³. En materia de VIH/SIDA, los expertos afirman que la relevancia del derecho humano a la educación radica en que una población bien instruida con respecto al tema es más inclusiva, menos discriminadora, y además más preventiva frente a las distintas formas de contagio, razón por la cual las naciones deben procurar instruir a la población respecto de este tema¹⁸⁴. En síntesis, en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por las naciones en estudio, no se menciona específicamente la obligación de impartir una educación sexual en general, ni menos aún, respecto del tema del VIH/SIDA en particular. Por el contrario, el derecho humano a la educación aparece consagrado en términos mucho más amplios, no muy ligados con la materia en estudio, generalmente relacionados con la obligatoriedad de la educación primaria y el acceso para todos, sin distinción, a la educación secundaria y superior. No obstante ello, la doctrina específica sobre VIH/SIDA insiste en la máxima relevancia de este derecho humano para el tema en estudio, e indica que las naciones deben instruir a sus habitantes sobre la pandemia, pues así la población es más inclusiva y preventiva, situación que protege otros derechos humanos implicados como la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria, la integridad física y psíquica, y la vida.

b. Realidad práctica.

Las Repúblicas Argentina y de Chile, han establecido en sus respectivas leyes nacionales de sida, la obligación estatal de instruir a la población sobre las principales materias relativas a la pandemia, especialmente las distintas formas de prevención. En el caso de la República Argentina, el decreto reglamentario

¹⁸³ UNICEF. A Human Rights-Based Approach to Education for All. Nueva York, EEUU. 2007. 7p.

¹⁸⁴ BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.

incorporó la prevención del SIDA como tema en los programas de enseñanza de los niveles primario, secundario y terciario de educación. En definitiva, ambas naciones presentan normativas que sitúan a la educación como un eje clave en el ámbito de la pandemia. La República Oriental del Uruguay, en cambio, no posee una normativa que declare específicamente el rol activo que debe tener el Estado en esta materia, principalmente debido a la ausencia de una ley nacional de sida. La única participación estatal que ha sido normada legalmente, corresponde a la creación del día nacional de sida uruguayo, cuyo fin es prevenir y educar a la población contra los factores de riesgo de dicha enfermedad, y que resulta absolutamente insuficiente. Sólo mediante una educación sólida, real y efectiva, debidamente resguardada, un país puede verdaderamente dar cumplimiento a su obligación de promover cualquier otro derecho humano implicado, pues al carecer de ella, prima la ignorancia con respecto al tema, que deriva en un estigma y rechazo feroces, producto de un temor infundado.

CONCLUSIÓN.

Al iniciar el presente trabajo de investigación, pretendía descubrir que tan efectivas son las regulaciones legales del VIH/SIDA de los tres países del Cono Sur, en materia de protección de los derechos humanos de las personas infectadas. Para abordar la temática, planteé una hipótesis inicial bastante pesimista, afirmando que las regulaciones legales de la enfermedad en estos países son escasas, imprecisas y vagas, y que no constituyen una protección real ni efectiva de los derechos humanos de las personas infectadas. Al respecto, especifiqué que estos adjetivos significan, respectivamente, que hay poca regulación legal sobre el tema; que su contenido es más bien genérico, y rara vez específico o determinado; y que hay muchos aspectos relevantes que no son tratados en sus disposiciones. Así entendido, desde un inicio me aproximé al tema con desconfianza, pensando que enfrentaría regulaciones legales pobres y discriminadoras, absolutamente insuficientes en materia de derechos humanos, que de alguna forma coincidieran con la peyorativa imagen que existe de esta enfermedad, y que yo mismo compartía inconscientemente. No obstante lo anterior, a través de la investigación y análisis, fui descubriendo cuerpos legales relativamente sólidos, que dan cuenta de un reconocimiento, cuanto menos formal, de la sensibilidad e importancia que merece esta pandemia. Pese a ello, los tres países poseen debilidades legales respecto del tema en estudio, como la ausencia de una Ley Nacional de Sida y de una Declaración Nacional de lucha contra el virus en la República Oriental del Uruguay; la falta de acceso a tratamientos gratuitos para toda la población en la República de Chile; y la obligatoriedad del testeo de VIH en inmigrantes que solicitan radicarse en el país, junto con la ausencia de una ley que declare la obligatoriedad del examen en mujeres embarazadas, en el caso argentino. Estas falencias, según se analizó en su oportunidad, atentan contra distintos derechos humanos implicados, especialmente contra la educación, la salud, y la igualdad ante la ley, todos ellos reconocidos por distintos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los tres países.

En atención a lo expuesto, y para concluir la presente memoria, es necesario analizar cada uno de los adjetivos planteados en la hipótesis inicial, a la luz de lo descubierto a lo largo de toda la investigación. En primer lugar, he reunido antecedentes suficientes para desmentir la **escasez** de regulación legal sobre el tema, afirmada originalmente. En efecto, tal y como se señaló anteriormente, los tres países poseen distintos instrumentos legales relacionados directa e indirectamente con la enfermedad, y sus ordenamientos jurídicos tienden a darle una mayor importancia al VIH/SIDA, que a otras enfermedades. La República Oriental del Uruguay podría ser considerada como el país más débil en este aspecto, básicamente por la ausencia de una Ley Nacional de Sida, pero diferentes decretos nacionales se han ocupado de regular el tema, por sobre otras enfermedades de menor impacto social. En segundo lugar, considero haber reunido antecedentes suficientes para confirmar la **imprecisión** de estos cuerpos legales, pues sus normas suelen ser genéricas. Esto ocurre especialmente en las Leyes Nacionales de Sida de las Repúblicas Argentina y de Chile, que consagran distintas obligaciones estatales sobre la materia, sin especificar las instituciones públicas encargadas de ellas, los mecanismos de control y/o de fiscalización, ni tampoco los procedimientos a seguir para cumplir con dichas metas. En cambio, los decretos e instrumentos legales de menor rango, suelen ser más específicos y pretenden regular temas muy determinados, como la obligatoriedad del testeo en mujeres encintas y donaciones sanguíneas, entre otros. Estas apreciaciones no pretenden desconocer la importancia de que los países del mundo promulguen Leyes Nacionales de Sida, pues su valor simbólico es gigantesco y constituyen un excelente reconocimiento de la dedicación que merece el tema, ni tampoco respaldar la falta de una de estas leyes en la República Oriental del Uruguay (que a mi entender constituye una falencia importante), sino más bien hacer notar que varias de sus disposiciones requieren de una regulación más específica y guiada, que permita darles una existencia práctica real. Esta regulación más determinada podría alcanzarse a través de nuevos decretos y reglamentos que complementen las normas de las leyes nacionales mediante un enfoque práctico, o bien a través de reformas legales que incorporen nuevas disposiciones a dichas leyes, pero el escenario legislativo actual es bastante impreciso. Finalmente, en lo que respecta a la **vaguedad** de estas regulaciones legales, creo que la respuesta es un poco más compleja. Efectivamente, existen varios aspectos relevantes que no son tratados en

las disposiciones que pretenden normar el VIH/SIDA, pero esta supuesta carencia se debe en gran medida a la existencia de otros cuerpos legales indirectamente relacionados con la temática en estudio, que sí abordan estos asuntos. Por ejemplo, no resulta necesario que las regulaciones legales se refieran en forma expresa a la discriminación que sufren las personas infectadas por el virus, ni tampoco que creen acciones para revertir dicha situación, si los países poseen leyes de antidiscriminación que abordan, entre otras hipótesis, la discriminación por enfermedad, y que crean acciones legales destinadas a reestablecer el imperio del derecho frente a un acto de discriminación arbitraria. Esta protección de la igualdad ante la ley se encuentra también respaldada por las Constituciones Políticas de las tres naciones, y por las leyes de deberes y derechos de los pacientes que tienen las Repúblicas de Chile y Oriental del Uruguay. Incluso, esta última nación posee una ley específica sobre antidiscriminación en materia laboral, lo que ejemplifica una vez más lo muy redundante que sería el resguardar este tipo de derechos en las regulaciones sobre VIH/SIDA, aun cuando la discriminación en materia laboral sea un tema absolutamente pertinente en la materia en estudio. Quizás la mejor solución para evitar ambos extremos (vaguedad y redundancia), sea la adoptada por la República Argentina en el Decreto Reglamentario de su Ley Nacional de Sida, en que de forma expresa hace aplicables las disposiciones de la Ley Antidiscriminación, evitando reiterar derechos que ya se encontraban protegidos. Todo lo dicho en esta sección respecto de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, resulta aplicable a otros derechos humanos implicados que también están protegidos por las normativas generales de los tres países, de manera tal que no es necesaria su inclusión en las regulaciones legales sobre VIH/SIDA. En definitiva, son tantos los temas que se encuentran relacionados con esta sensible condición, que no resulta necesario consagrarlos todos en la normativa sobre VIH/SIDA, pues muchos de ellos ya están protegidos o regulados en cuerpos legales más generales, y en las cartas fundamentales. La vaguedad de las regulaciones legales se hace más presente en temas prácticos, como mecanismo y procedimientos de implementación de los derechos y políticas públicas consagradas, tal y como se explicó al analizar la imprecisión de estas normas.

Habiendo confirmado la hipótesis planteada únicamente en lo que respecta a la imprecisión y vaguedad de las normas (por una marcada orientación teórica, en desmedro de un enfoque práctico más útil), y habiéndola desechado en cuanto a la supuesta escasez de las regulaciones legales, cabe ahora dar una nueva respuesta a la problemática inicial:

Las regulaciones legales de los países del Cono Sur en materia de VIH/SIDA son, en general, suficientemente efectivas para proteger los derechos humanos de las personas infectadas, gracias a dos grandes factores:

*1) La existencia de una normativa **directamente** relacionada con el VIH/SIDA mucho más abundante que la de otras enfermedades de menor impacto social, lo que da cuenta de un reconocimiento de la sensibilidad de la pandemia y de la dedicación que merece;*

*2) La existencia de una muy variada regulación **indirectamente** relacionada con el VIH/SIDA, que resguarda los distintos derechos humanos implicados.*

Pese a ello, los tres países presentan fortalezas y falencias individuales que fueron identificadas a lo largo del trabajo, siendo un defecto común la ausencia de un enfoque práctico, que podría impedir darle vida material a sus normas.

BIBLIOGRAFÍA.

Fuentes Doctrinales:

- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. El derecho a la salud. Folleto informativo número 31. Ginebra, Suiza. 2006.
- AGUILAR CUEVAS, MAGDALENA. Las tres generaciones de los derechos humanos. Derechos Humanos, órgano informativo de la comisión de Derechos Humanos del Estado de México. (30): 93-99, marzo-abril 1998.
- ARAN, Daniel. LACA, Hernán. Sistema de Salud de Uruguay. 268-269, 2011.
- BADILLA, Ana E. El VIH y los derechos humanos: retos de política y legislación. Notas de población. (85): 97-114, diciembre 2007.
- BUGUEÑO, Mario., ESCALONA, Lorena., ESPINOZA, Víctor., MEDINA, María., PALMA, Rosita., SALVAT, Pablo., VALVERDE, Francis. Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la educación. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995.
- MAGLIO, Ignacio. Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida. Buenos Aires, Fundación Huésped, 2011.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.
- O'DONELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

- SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- UNICEF. A Human Rights-Based Approach to Education for All. Nueva York, EEUU. 2007.
- ZALAUQUETT DAHER, José F. Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Santiago, Lom Ediciones, 1998.

Fuentes Normativas:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966).
- El pacto internacional de DESC (1966).
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Ley Nacional de Sida Argentina (23.798) y su decreto reglamentario.
- Ley argentina sobre prestaciones obligatorias de las obras sociales (24.455).
- Ley argentina sobre prestaciones obligatorias de las empresas (24.754).
- Ley antidiscriminación argentina (23.592).
- Ley Nacional de Sida Chilena (19.779) y su decreto reglamentario.
- Decreto chileno número 45 que modifica la reglamentación de la Ley Nacional de Sida chilena y del examen para la detección del VIH.
- Ley chilena que establece un régimen general de garantías explícitas en salud (19.966).

- Ley chilena de deberes y derechos de los pacientes (20.584).
- Ley antidiscriminación chilena (20.609).
- Decreto uruguayo 223/988 que declara obligatorio el despistaje en el análisis de sangre.
- Decreto uruguayo 294/992 que crea el día nacional de lucha contra el SIDA.
- Decreto uruguayo 295/997 que declara obligatorio la pesquisa del VIH en embarazadas.
- Ley uruguaya que crea el Sistema Nacional Integrado de Salud (18.211).
- Ley uruguaya de derechos y obligaciones de los pacientes. (18.335).
- Ley uruguaya que prohíbe la discriminación en materia laboral (16.045).
- Ley uruguaya de lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (17.817).