



*Análisis de la situación legal de la discriminación
de que son objeto las personas afectadas por el
VIH/SIDA en México*

*“REDUCCIÓN DEL ESTIGMA Y LA DISCRIMINACIÓN
RELACIONADOS CON VIH EN MÉXICO”
Reporte Final*

Realizado por Medilex,
Consultoría Médico Legal, S.A. de C.V.,
bajo la dirección de Pedro Morales Aché.

Diciembre, 2003



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Análisis de la situación legal de la discriminación de que son objeto las personas afectadas por el VIH/SIDA, realizado por Medilex, Consultoría Médico Legal, S.A. de C.V., bajo la dirección de Pedro Morales Aché.

Resumen.

En México se carece de una práctica sistemática de combate a la discriminación, tanto en la vía jurisdiccional como en las no jurisdiccionales, entre otras razones: por la reciente incorporación del derecho a la no discriminación al texto constitucional; por que el Estado, a través de diversas dependencias y entidades, es el principal responsable de la discriminación y de su tolerancia; y porque los organismos no gubernamentales y los activistas no han incorporado en sus estrategias de trabajo modelos de defensa y promoción de los derechos humanos que incluyan la documentación y denuncia metódica de casos de discriminación a personas con VIH/SIDA.

Con el objeto de contar con un diagnóstico legal inicial, sobre lo que está aconteciendo respecto al estigma y discriminación e incidir en el diseño de políticas públicas antidiscriminatorias, se realizó un análisis de la normatividad jurídica con base en dos ejes temáticos: 1) la regulación legal del VIH/SIDA; y 2) la regulación jurídica de la homosexualidad en México, ya que existe una fuerte asociación entre el estigma y la discriminación de que son objeto las personas que viven con VIH/SIDA y la que afecta a las personas no heterosexuales.

Para el análisis se utilizó una noción de discriminación en sentido amplio (la discriminación expresa es poco común encontrarla) que comprende la discriminación tácita, y la normativa, ésta última caracterizada por la doctrina como aquella que se produce por el tratamiento diferenciado y desigual que una o más normas jurídicas o leyes, dan a distintas clases de personas que bajo un criterio de razonabilidad deberían recibir el mismo tratamiento jurídico.

El estudio parte de la identificación de las normas jurídicas que resultan aplicables, circunscribiéndolo a las disposiciones de la Constitución Federal, a la normatividad jurídica de carácter federal y local en materia de discriminación, sanitaria, civil, penal, laboral, seguridad social, seguridad pública, reclusorios, ejecución de sentencias y justicia cívica aplicables en el Distrito Federal y en los Estados de México y Yucatán . En la segunda fase se analiza la normatividad y su aplicación o

incumplimiento, con énfasis en la identificación de los casos en que existe una indebida aplicación de la ley, por parte de las autoridades y los particulares, en perjuicio de las personas afectadas por VIH/SIDA, y en la identificación de políticas públicas que tienen un componente discriminatorio. En la tercera parte del estudio se recopilan casos concretos de individualización de la normatividad jurídica, ejecutorias y sentencias judiciales de los órganos jurisdiccionales, así como recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos, vinculándolos con la respuesta social dada a la discriminación en perjuicio de las personas afectadas por VIH/SIDA, para finalmente proponer una serie de Conclusiones/Recomendaciones, entre las que destaco:

- a) El discurso y tratamiento contradictorio del Estado ante la discriminación, ya que se pronuncia en contra de ella y a la vez es el principal responsable de actos de discriminación.
- b) La discriminación no sólo tiene un carácter jurídico, sino también cultural, determinado en parte por la generalizada y errónea equiparación de las personas infectadas con personas que están a punto de morir o que pueden transmitir la infección, con la sola convivencia. Para incidir en un cambio político y cultural ante la discriminación es recomendable que el Estado a través de sus dependencias y organismos realice campañas publicitarias en los medios masivos de comunicación, que diferencien entre los diversos estados del padecimiento, y que el CONASIDA y el CENSIDA concerten convenios con la entidades públicas para combatir la discriminación y garantizar que en el acceso a medicamentos no existan diferenciaciones generadas por la capacidad económica de la entidad federativa en donde radican las personas con VIH.
- c) La inexistencia de un control sanitario efectivo de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 2000, ha limitado su impacto, sobre todo en la regulación de las pruebas de detección del VIH, motivando la tendencia creciente de exigirla como requisito para la contratación, en la mayoría de los casos sin el consentimiento informado de las personas a quienes se realiza, y de aplicarla como causa de terminación de la relación laboral. Para revertir esta tendencia se debe exigir el acatamiento de la modificación a la Norma, incluyendo la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, y promover reformas a las leyes en materia laboral, prohibiendo la realización de pruebas de detección del VIH como requisito previo a la contratación, salvo en los casos en que razonablemente sea

necesaria, y prohibiendo la realización con fines diversos al diagnóstico médico, cuando ya exista la relación laboral.

d) La nueva Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas “legaliza” las prácticas discriminatorias en contra de los militares seropositivos, al considerar dentro de las causales de baja la seropositividad al VIH, por lo que es urgente promover la derogación de estas normas e incorporar a la legislación militar la obligación expresa de realizar la prueba de detección del VIH únicamente para fines de diagnóstico médico, previa consejería y otorgamiento del consentimiento informado, respetando la confidencialidad y decretando la baja sólo ante un estado de salud que realmente imposibilite la prestación de los servicios.

e) La legislación no reconoce derechos, ni otorga protección a las parejas no heterosexuales, con excepción de la legislación penal del Distrito Federal, que las considera con una protección similar a las parejas heterosexuales. Por lo que se debe promover la adopción de legislación que en forma gradual pero consistente les reconozca derechos en aspectos de alimentos, seguridad social, sucesorios y de causahabencia en el arrendamiento.

f) Las ONG’s carecen de las “habilidades” suficientes para realizar la documentación de casos de violación de derechos fundamentales, y para la promoción y defensa integral de los derechos humanos, que cumplan criterios metodológicos satisfactorios, por lo que deben prepararse activistas para el desempeño de funciones de promoción, defensa y cabildeo, así como material que difunda las experiencias exitosas en la defensa de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el VIH/SIDA, con la finalidad de involucrar a los abogados en la defensa de las personas discriminadas.

Índice

Resumen.....	1
Índice.....	4
I. INTRODUCCION.....	5
II. OBJETIVOS.....	8
III. COMPILACION DE LA NORMATIVIDAD JURIDICA APLICABLE.....	8
A) Constitución Federal.....	8
B) Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.....	8
C) Legislación Sanitaria.....	9
D) Legislación Civil.....	12
E) Legislación Penal.....	15
F) Legislación laboral.....	19
G) Seguridad Social.....	21
H) Legislación en materia de seguridad pública.....	25
I) Legislación en materia de reclusorios y ejecución de sanciones.....	26
J) Justicia cívica.....	27
IV. ANALISIS DE LA NORMATIVIDAD Y DE SU APLICACIÓN EN LA PRACTICA.....	29
A) Disposiciones constitucionales.....	29
B. Legislación sanitaria.....	30
C. Legislación sobre seguridad social.....	32
D. Legislación civil.....	34
E. Legislación penal.....	35
F. Legislación laboral.....	35
G. Legislación relativa a reclusorios y ejecución de sanciones.....	36
H. Justicia cívica.....	36
V. ACTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN.....	36
A) Tribunales.....	36
B) Recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos.....	51
VI. ACTITUDES ANTE LA DISCRIMINACION POR VIH/SIDA.....	55
VII. CONCLUSIONES.....	57
VIII. RECOMENDACIONES.....	59
A) Legislativas.....	59
B) Políticas públicas.....	59
C) Capacitación.....	60
D) Indicadores.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	61
LEGISLACION CONSULTADA.....	62

Análisis de la situación legal de la discriminación de que son objeto las personas afectadas por el VIH/SIDA, realizado por Medilex, Consultoría Médico Legal, S.A. de C.V., bajo la dirección de Pedro Morales Aché.

I. INTRODUCCION.

Las personas afectadas por el VIH/SIDA⁽¹⁾ frecuentemente enfrentan la discriminación por razones de salud (aquella que está condicionada por el estado de salud o por las concepciones y mitos que se tienen sobre el padecimiento), asociada con la discriminación por orientación sexual diversa a la heterosexual,⁽²⁾ que constituye una de las manifestaciones más pronunciadas de una sociedad inequitativa, ya que frecuentemente se encuentra tolerada por la legislación, que las más de las veces omite hacer referencia a una realidad social incuestionable: la existencia de personas que en ejercicio de sus derechos fundamentales asumen una orientación sexual diferente a la heterosexual, y que debido a ello, se ven privadas de disfrutar de los derechos o consecuencias normativas de que gozan las personas heterosexuales.

El presente análisis de la situación legal de las personas afectadas por el VIH/SIDA, parte de la identificación de las normas jurídicas que resultan aplicables. Sin embargo, ante la evidencia de que la realidad social no se adecua plenamente a lo establecido por el Derecho, y con la finalidad de trascender el nominalismo o formalismo jurídico, también se analizan las políticas públicas y los comportamientos individuales y grupales que tienen una incidencia en el fenómeno social de la discriminación, ya que la experiencia demuestra que si bien la existencia de legislación contra la discriminación es una condición necesaria, se torna por entero insuficiente cuando no está acompañada de modificaciones

(1) Por tal término se entiende a las personas contagiadas con el VIH y a quienes forman el entorno afectivo, familiar y personal de aquéllas, ya que también ven afectada su esfera jurídica.

(2) La principal característica del VIH/SIDA, por cuanto hace a la violación de derechos humanos, ha sido "la estigmatización adicional de categorías ya marginalizadas ... porque las categorías afectadas por la discriminación relacionada con el VIH/SIDA corresponden a quienes son objetivos especialmente frecuentes de violaciones de los derechos humanos: los homosexuales, los farmacodependientes, los prisioneros y los extranjeros", Tomasevski, Katarina. "El SIDA y los derechos humanos", en 'Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA', Organización Panamericana de la Salud, Publicación científica número 530, primera edición, Washington, 1991, p. 220.

culturales y de políticas públicas consecuentes con el derecho a la no discriminación.

Este estudio se circunscribe a las disposiciones de la Constitución Federal, a la normatividad jurídica (entendiendo por tal término, leyes, reglamentos y otros ordenamientos de carácter general) de carácter federal y de carácter local aplicable en el Distrito Federal y en los Estados de México y Yucatán, por cuanto hace a las materias de discriminación, sanitaria, civil, penal, laboral, seguridad social, seguridad pública, reclusorios y ejecución de sanciones, así como de justicia cívica (en cuyo caso, por ser de carácter “municipal”, se analizan los referentes al Distrito Federal, a Toluca y a Mérida), que satisfacen cualquiera de las siguientes condiciones: referirse expresamente a la discriminación, ser normas discriminatorias o regular ámbitos de la vida social en donde es frecuente la discriminación.

Se consideró conveniente excluir a las disposiciones de los Tratados Internacionales celebrados y ratificados por México, que resultan conducentes, por dos razones: a) existen diversos estudios que desarrollan este tema; y b) si bien es cierto que en 1999 la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió su histórico criterio, reconociendo que los tratados internacionales tienen una mayor jerarquía que la legislación ordinaria, y que sólo están subordinados a la Constitución Federal, en la práctica la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación y diversos Tribunales Colegiados se han negado a sustentar la inconstitucionalidad de normas legales o de actos concretos de aplicación, por estar en contraposición con un tratado internacional, bajo el argumento de la que inconstitucionalidad de una ley sólo puede derivar de su oposición directa con la Constitución Federal.

Ello explica que si bien el derecho a la no discriminación está reconocido como tal en numerosos tratados internacionales que han sido celebrados y ratificados por México, no haya sido sino hasta la adición al párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001), cuando el derecho a la no discriminación ha sido reconocido como un derecho fundamental, ya que con antelación sólo se contaba con el derecho a la igualdad, que de manera sistemática fue interpretado de manera restrictiva por la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que “únicamente implicaba tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”, lo que a su vez determina que en México se carezca de una tradición jurídica en contra de la discriminación, y que numerosas manifestaciones de discriminación,

derivadas de prácticas sociales inequitativas, sean toleradas por el orden jurídico nacional, que presenta una insuficiencia crónica en el establecimiento de instituciones y procedimientos que ayuden a erradicar tales actos discriminatorios. En este análisis se utiliza una noción de discriminación en sentido amplio, que no sólo comprende la discriminación expresa (que es poco común encontrar), sino que también comprende la discriminación tácita, y la denominada discriminación normativa, que doctrinariamente se ha caracterizado como aquella que se produce por el tratamiento diferenciado y desigual que una o más normas jurídicas o leyes, dan a distintas clases de personas que bajo un criterio de razonabilidad deberían recibir un mismo tratamiento jurídico, la cual necesariamente presupone un análisis relacional, entre la regulación normativa más favorable y la regulación normativa más desfavorable (o discriminatoria, por no satisfacer el criterio de razonabilidad tal trato desfavorable), lo que determina que la inconstitucionalidad por discriminación normativa no deriva de la comparación de dos o más leyes, en sí mismas consideradas, sino que deriva de la transgresión directa que a los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación, se actualiza con la existencia de una norma jurídica que establece un trato discriminatorio para sus destinatarios, siendo necesario para determinar la existencia de tal trato discriminatorio la comparación entre dos o más normas (independientemente de que estén contenidas en una o más leyes), por ser siempre la discriminación una situación relacional.

En el segunda parte se realiza el análisis de la normatividad y su aplicación o incumplimiento en la práctica, con énfasis en la identificación de los casos en que existe una indebida aplicación de la ley, por parte de las autoridades y los particulares, en perjuicio de las personas afectadas por el VIH/SIDA, y en la identificación de políticas públicas que tienen un componente discriminatorio.

La tercera parte del estudio consiste en la recopilación de actos concretos de individualización (aplicación) de la normatividad jurídica, por parte de los órganos públicos de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional, a quienes corresponde tal individualización, tales como ejecutorias y sentencias judiciales, las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y en su caso, por las Comisiones de Derechos Humanos del Distrito Federal, del Estado de México y de Yucatán.

Posteriormente se estudia la respuesta social dada a la discriminación en perjuicio de las personas afectadas por el VIH/SIDA, se elaboran las conclusiones del estudio, y finalmente, se formulan diversas propuestas, que preponderantemente

consisten en la instrumentación de políticas y/o el diseño de estrategias (tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales), para el combate a la discriminación, a través de una adecuada aplicación de la legislación, así como en el esbozo de criterios de política legislativa, que permitan identificar los supuestos en que excepcionalmente es necesario promover una reforma de la legislación:

II. OBJETIVOS.

- Identificar y comprender los actos de discriminación relacionados con el VIH/SIDA en las políticas públicas y en el ámbito legal.
- Integrar un diagnóstico legal inicial, sobre lo que está aconteciendo respecto al estigma y la discriminación, en el binomio VIH/SIDA-homosexualidad, con la finalidad de incidir en el diseño de políticas públicas antidiscriminatorias, y excepcionalmente, en la realización de reformas legales.

III. COMPILACION DE LA NORMATIVIDAD JURIDICA APLICABLE.

A) Constitución Federal.

En el párrafo tercero del artículo 1° se reconoce el derecho a la no discriminación, que prohíbe toda diferenciación de trato por razones de “origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 4° señala que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

B) Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.

Para los efectos de la ley se define a la discriminación como toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas (artículo 4°).

En el artículo 9° se prohíben expresamente, por considerarse conductas discriminatorias, el impedir la libre elección de pareja (fracción XIV), así como realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente la preferencia sexual (fracción XXVIII).

C) Legislación Sanitaria.

a) Ley General de Salud.

En el artículo 112, fracción III, se establece que la educación por la salud tiene entre sus objetivos, el orientar y capacitar a la población en materia de educación sexual (artículo 109, fracción III de la Ley de Salud del Estado de México; y artículo 100, fracción III, de la Ley de Salud del Estado de Yucatán). En el artículo 134, fracción XIII, se señala que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es una enfermedad transmisible, objeto de vigilancia epidemiológica (artículo 122, fracción XIII, de la Ley de Salud del Estado de México; y artículo 115, fracción XIII, de la Ley de Salud del Estado de Yucatán), por lo que de acuerdo con el artículo 136, último párrafo, es obligatoria la notificación inmediata a la autoridad cercana más cercana, cuando se detecte la presencia del VIH o de anticuerpos a dicho virus en alguna persona (artículo 123, último párrafo, de la Ley de Salud del Estado de México; y artículo 116, fracción III, de la Ley de Salud del Estado de Yucatán). En el artículo 137 tal obligación se establece a cargo de las personas que ejerzan la medicina o actividades afines, en tanto que en el artículo 138 dicha obligación se hace extensiva a los jefes o encargados de laboratorio, directores de unidades médicas, escuelas, fábricas, talleres, asilos, jefes de oficina, establecimientos comerciales y, en general, a toda persona que por circunstancias ordinarias o accidentales tenga conocimiento de los hechos (artículo 134 de la Ley de Salud del Estado de México; y artículos 117 y 118 de la Ley de Salud del Estado de Yucatán, cuyo artículo 230 establece la misma obligación para los encargados de los servicios médicos de los centros de readaptación social). Entre las medidas que se establecen para la prevención y el control de las enfermedades transmisibles se encuentran la confirmación de la enfermedad y el aislamiento, por el tiempo estrictamente necesario -artículo 139, fracciones I y II- (artículo 119, fracciones I y II de la Ley de Salud del Estado de Yucatán). El artículo 405 establece que el aislamiento es la separación de personas infectadas durante el período de transmisibilidad y que durará el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro (artículo 88, fracción I, de

la Ley de Salud para el Distrito Federal; artículo 266 de la Ley de Salud del Estado de México; y artículo 291 de la Ley de Salud del Estado de Yucatán). En el artículo 150 se faculta a las autoridades sanitarias para señalar el tipo de enfermos o portadores de gérmenes que podrán ser excluidos de los sitios de reunión (artículo 130 de la Ley de Salud del Estado de México; y artículo 124 de la Ley de Salud del Estado de Yucatán). En el artículo 149 se establece que sólo con la autorización de la Secretaría de Salud se permitirá la internación en el territorio nacional de personas que padezcan enfermedades infecciosas en período de transmisibilidad, que sean portadoras de agentes infecciosos o se sospeche que estén en período de incubación por provenir de lugares infectados. Tratándose de la Ley de Salud del Estado de México, en el artículo 239 se prevé que podrá requerirse tarjeta de control sanitario a las personas que realicen actividades mediante las cuales se pueda propagar alguna enfermedad transmisible (en los casos y condiciones que se establezcan en las disposiciones aplicables).

De conformidad con los artículos 2º fracción II, 27 fracción, 28, 29, 30 y 31 de la Ley General de Salud, las personas tienen derecho a recibir todos los servicios de atención médica que sean necesarios para satisfacer eficaz y oportunamente sus necesidades de salud específicas, y al suministro de los medicamentos esenciales que les brinden la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida, por lo que el carácter de medicamento esencial para la salud (y su consecuente inclusión en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos) no queda supeditado al arbitrio de las autoridades, sino que está determinado por la consecución de los objetivos antes mencionados, por lo que los enfermos tienen derecho a ser tratados de cualquier enfermedad y recibir los medicamentos de mayor eficacia terapéutica.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2003, se adicionó la ley para incorporar “la protección social en salud”. En el artículo 77 Bis 1 se señala que “la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación, seleccionadas en forma prioritaria según criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y aceptabilidad social”. En el artículo 77 Bis 5, Apartado B), fracción I, se establece que en el sistema de protección social

en salud corresponde a los gobiernos de los estados y el Distrito Federal proveer los servicios de salud, disponiendo de la capacidad de insumos y el suministro de medicamentos necesarios para su oferta oportuna y de calidad, en tanto que en el artículo 77 Bis 29 con la finalidad “de apoyar el financiamiento de la atención principalmente de beneficiarios del Sistema de Protección Social en Salud que sufran enfermedades de alto costo”, se prevé la creación del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos, por lo que, el tratamiento médico del VIH/SIDA queda excluido del conjunto de intervenciones del sistema de protección social en salud, teniéndose la pretensión de que su financiamiento sea apoyado por el fondo de protección a que se ha hecho referencia.

b) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

El artículo 36 señala que el personal que preste sus servicios en algún establecimiento de atención médica, en ningún caso podrá desempeñar sus labores si padece alguna de las enfermedades infecto-contagiosas, motivo de notificación obligatoria.

c) Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 2000.

En el apartado 6.3. se señala que toda detección del VIH/SIDA se rige, entre otros, por los criterios siguientes: 1) Debe considerarse como cualquier otro recurso auxiliar para el diagnóstico (6.3.1.); 2) No se debe utilizar para fines ajenos a los de la protección de la salud, salvo que exista orden judicial (6.3.2.); 3) No se debe solicitar como requisito para el acceso a bienes y servicios, contraer matrimonio, obtener empleo, formar parte de instituciones educativas o para recibir atención médica (6.3.3.); 4) No debe ser considerada como causa para la rescisión de un contrato laboral, la expulsión de una escuela, la evacuación de una vivienda, la salida o el ingreso al país, ni debe ser causa para negar la residencia o decretar la deportación (6.3.4.); 5) Se debe regir por los criterios de consentimiento informado y confidencialidad (6.3.5.); 6) No puede ser exigida su realización por ninguna autoridad, excepto cuando exista orden judicial (6.3.6.); y 7) Para evitar la discriminación, en el acta de defunción sólo se debe asentar como causa de muerte la que en el certificado de defunción se señale como causa primaria.

D) Legislación Civil.

a) Código Civil para el Distrito Federal.

De manera expresa se señala que por razón de orientación sexual a ninguna persona se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos, cualquiera que sea la naturaleza de éstos (artículo 2°).

Se define al matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada (artículo 146).

En el artículo 156 se establecen como impedimentos para la celebración del matrimonio, la impotencia incurable para la cópula (fracción VIII), así como padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria (fracción IX), siendo ambos impedimentos dispensables, cuando la impotencia es conocida y aceptada por el otro contrayente (penúltimo párrafo), y cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio (último párrafo). Siendo causa de nulidad del matrimonio, el que éste se celebre sin la dispensa de los impedimentos que nos ocupan (artículo 235, fracción II), en cuyo caso la acción de nulidad debe ser ejercitada dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio (artículo 246).

A la solicitud de matrimonio debe acompañarse un certificado suscrito por un médico, que asegure bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable que sea contagiosa o hereditaria (artículo 98, fracción IV).

Tratándose de las actas de fallecimiento, éstas deben contener la clase de enfermedad que determinó la muerte (artículo 119, fracción V).

Es causal de divorcio el padecer cualquier enfermedad incurable, que sea contagiosa o hereditaria, así como la impotencia sexual irreversible, siempre que ésta no tenga su origen en la edad avanzada (artículo 267, fracción VI). En caso de que el otro cónyuge no quiera pedir el divorcio, puede solicitar al juez que suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge (artículo 277).

Si bien tal causal determina la culpabilidad del cónyuge enfermo, con la consecuente obligación alimentaria, no da lugar al pago de daños y perjuicios por

el divorcio, reconociéndose el derecho del excónyuge enfermo a alimentos, si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar (artículo 288, penúltimo párrafo).

Se señala que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato (artículo 138 Quintus).

Se excluye tácitamente del concubinato a las personas del mismo sexo (artículo 291 Bis), figura que otorga derechos sucesorios por vía legítima (artículos 1602, fracción I, y 1635), y alimentarios (artículo 291 Quáter).

Tácitamente quedan excluidas de las disposiciones sobre violencia familiar las parejas no heterosexuales (artículos 323 Quáter y 323 Quintus).

Se prevé que el ascendiente que ejerza la patria potestad o la tutela de mayores de edad incapacitados, que se encuentre afectado por una enfermedad crónica o incurable, sin perder sus derechos, podrá designar un tutor y un curador para el pupilo, para que desempeñen el cargo ante su muerte, discapacidad mental o debilitamiento físico (artículo 475 Bis).

El padecer una enfermedad que impida el ejercicio adecuado del cargo es impedimento para ser tutor (artículo 503, fracción XII) o curador (artículo 622).

El arrendamiento no se rescinde ni termina por la muerte del arrendatario, salvo convenio en contrario (artículo 2408), pero sólo se reconoce el carácter de causahabientes a las personas unidas en matrimonio, concubinato, descendientes y ascendientes (artículo 2448 H).

La adopción por parejas está restringida a los cónyuges o concubinos (artículo 391).

b) Código Civil del Estado de México.

Al regular el matrimonio se señala que por medio de éste un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia (artículo 4.1.).

Se establecen como impedimentos para contraer matrimonio la impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad y las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias, señalando que las mismas no serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente (artículo 4.7., fracción IX), por lo que en caso de celebrarse el matrimonio con alguno de dichos impedimentos el matrimonio es nulo (artículo 4.61., fracción II), pudiendo ser

pedida la nulidad dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio (artículo 4.72.).

Son causas de divorcio necesario la bisexualidad manifestada con posterioridad a los seis meses de celebrado el matrimonio (artículo 4.90., fracción IV), y padecer alguna enfermedad crónica e incurable, que sea contagiosa o hereditaria (artículo 4.80., fracción VII).

El padecer una enfermedad crónica contagiosa es impedimento para ser tutor (artículo 4.274., fracción V) o curador (artículo 4.332.).

Para los efectos de violencia familiar se define al grupo familiar como el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho (artículo 4.397.).

Tácitamente se excluye del concubinato, que da lugar al derecho a recibir alimentos (artículo 4.129.), y a heredar por sucesión legítima (artículos 6.144., fracción I y 6.170.), a las personas del mismo sexo.

Por cuanto hace al arrendamiento, únicamente se señala que éste no termina por la muerte del arrendatario, salvo pacto en contrario (artículo 7.681.).

La adopción plena sólo puede ser realizada por el hombre y la mujer unidos en matrimonio (artículo 4.195.).

c) Código Civil del Estado de Yucatán.

Se define al matrimonio como “la unión voluntaria entre un solo hombre y una sola mujer, basada en el amor y sancionada por el Estado, para fundar una familia, perpetuar la especie y darse recíprocamente compañía, ayuda y asistencia” (artículo 54).

Es requisito para contraer matrimonio exhibir un certificado médico en el que conste que los pretendientes no padecen alguna enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria (artículo 61, párrafo primero).

Se establece como impedimento para contraer matrimonio el padecimiento de cualquier enfermedad considerada como incurable, que sea contagiosa o hereditaria (artículo 69, fracción VIII), por lo que en caso de celebrarse el matrimonio en tal supuesto el matrimonio es nulo (artículo 89, fracción II), y puede ser pedida la nulidad por el otro cónyuge o por tutor especial, en caso de que aquél se encuentre incapacitado (artículo 99).

Es causa de divorcio el padecer una enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria (artículo 194, fracción VI), en cuyo caso los hijos quedan al cuidado del cónyuge sano (artículo 204, fracción I), y se considera al cónyuge sano como inocente, por lo que tiene derecho a recibir alimentos (artículo 205), en

el caso del hombre siempre que esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

El padecer una enfermedad crónica contagiosa es considerado impedimento para ser tutor (artículo 398, fracción X), o curador (artículo 506).

Tácitamente se excluye del concubinato, que sólo genera el derecho a heredar por sucesión legítima, a las personas del mismo sexo (artículos 2465, fracciones I y II, y 2504).

Por cuanto hace al arrendamiento, se señala que éste no termina por la muerte del arrendatario, salvo convenio en otro sentido (artículo 1638).

La adopción plena sólo puede ser realizada por el hombre y la mujer unidos en matrimonio (artículo 316 A, fracción I).

E) Legislación Penal.

a) Código Penal para el Distrito Federal.

En el artículo 75, inciso c), se faculta a los jueces para prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad, substituyéndola por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando resulte notoriamente innecesaria e irracional, entre otras causas, porque la persona padezca enfermedad grave e incurable en fase avanzada o precario estado de salud.

En el artículo 159 se sanciona por el delito de peligro de contagio “al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia”. La pena es de tres meses a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, y se agrava cuando la enfermedad padecida es incurable, con prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se persigue por querrela y en el párrafo tercero del artículo 76 se señala que admite la forma culposa, lo que deviene inconstitucional por contravención del principio de certeza en materia penal, ya que la descripción típica necesariamente presupone el dolo eventual.

Se sancionan de manera agravada (al igual que cuando existe matrimonio o concubinato), los delitos de homicidio (artículo 125), y lesiones (artículo 131), cuando son cometidos entre personas que tienen una relación de pareja permanente, señalándose que el delito de violación será perseguido por querrela, cuando entre el activo y el pasivo existe matrimonio, concubinato o un vínculo de pareja (artículo 174). La relación de pareja también es apta (y suficiente) para la configuración del delito de violencia familiar (artículo 200), y para el delito de

amenazas, cuando éstas recaen sobre la persona de la pareja permanente de la amenazada (artículo 209). La relación de pareja es tomada en cuenta para la configuración de una excusa absolutoria, tratándose de lesiones u homicidio culposos (artículo 139), siempre que el activo no esté bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o que se de a la fuga y no auxilie a la víctima. En el caso del delito de encubrimiento por favorecimiento, la relación de pareja no es considerada expresamente para la actualización de la excusa absolutoria (artículos 320 y 321), pero se configura cuando existe un vínculo de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. La relación de pareja permanente es atenuante en el caso del delito de evasión de presos (artículos 304 y 307).

Los delitos contra el patrimonio (robo, abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta, insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores, extorsión, despojo, daño a la propiedad y encubrimiento por receptación) se persiguen por querrela, cuando son cometidos por la pareja permanente de la víctima (artículo 246).

Es irrelevante el sexo de los sujetos pasivo y activo en los delitos de abuso sexual (artículo 176), hostigamiento sexual (artículo 179) y estupro (artículo 180).

No se hace mención expresa a la homosexualidad en los delitos de corrupción de menores e incapaces (artículo 183) y de pornografía infantil (artículo 187), en cuyos casos se señala que no configurarán tales delitos los programas preventivos, educativos o informativos que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales, que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre la función reproductiva, prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazo de adolescentes.

Se sanciona con uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, por el delito de discriminación “al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud”, provoque o incite al odio o a la violencia; veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o niegue o restrinja derechos laborales. Este delito se persigue por querrela (artículo 206).

b) Código Penal del Estado de México.

En el artículo 252 se tipifica el delito de peligro de contagio en los siguientes términos: “A quien sabiendo que padece una enfermedad grave en período

infectante, ponga en peligro de contagio a otro, por cualquier medio de transmisión, se le aplicará una pena de seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días multa”. Este delito se sigue por querrela. Sin embargo, en el párrafo segundo del artículo 241 se establece que se sancionará como homicida “a quien a sabiendas de que padece una enfermedad grave, incurable y mortal, contagie a otro o le cause la muerte”. Ambos delitos son considerados como graves (artículo 9°).

No se sancionan de manera agravada los delitos de homicidio (artículo 242, fracción III), y de lesiones (artículo 238, fracción VII), cuando son cometidos entre personas que teniendo el mismo sexo, tienen una relación de pareja, las cuales tampoco quedan amparadas por tal motivo con una excusa absolutoria, tratándose de los delitos de encubrimiento (artículo 153), y evasión de detenido, procesado o condenado (artículo 159).

Es irrelevante el sexo de los sujetos pasivo y activo en el delito de acoso sexual (artículo 269).

Tratándose de la corrupción de menores se considera como agravante, con una penalidad de cinco a diez años de prisión y multa de cien a mil días multa (cuando la penalidad simple es de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a setecientos días multa), cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y como consecuencia de aquéllos se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales (artículo 205, párrafo tercero), siendo en tal caso grave dicho delito (artículo 9°). No se hace mención expresa a la homosexualidad en el tipo básico del delito que nos ocupa.

Para los efectos del delito de maltrato familiar, se define al núcleo familiar como “el lugar en donde habitan o concurren familiares o personas con relaciones de familiaridad en intimidad, o el vínculo de mutua consideración y apoyo que existe entre las personas con base en la filiación o convivencia fraterna” (artículo 218, párrafo segundo).

c) Código Penal del Estado de Yucatán.

En el artículo 189 se sanciona por el delito de peligro de contagio: “A quien sabiendo que está enfermo de un mal venéreo o de alguna enfermedad grave, transmisible en período infectante y de manera dolosa tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otras personas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años y además podrá ser recluido en un hospital”. En caso de que la enfermedad contagiosa fuese

incurable, la sanción es de tres meses a ocho años de prisión, en tanto que si es mortal la sanción es hasta de quince años de prisión (párrafo segundo del artículo 189). Tratándose de cónyuges o concubinos, este delito requiere de querrela (artículo 189, párrafo tercero).

En el artículo 190, fracción II, se sanciona con prisión de un mes a dos años y con multa de dos a cuarenta días-multa, a los directores, administradores, encargados de escuelas o establecimientos destinados a habitación colectiva, “que permitan el acceso a dichos establecimientos a personas que sufran alguna enfermedad contagiosa, después de haberse determinado en cada caso, por la autoridad sanitaria correspondiente, la declaratoria del acto administrativo, como medida de seguridad que prohíba el acceso de dicha persona enferma al establecimiento de que se trate”.

No se sancionan de manera agravada los delitos de homicidio (artículo 394), y de lesiones (artículo 365), cuando son cometidos entre personas que teniendo el mismo sexo, tienen una relación de pareja, las cuales tampoco quedan amparadas por tal motivo con una excusa absolutoria, tratándose de los delitos de encubrimiento (artículo 186, fracción I) y de evasión (artículo 157).

Es irrelevante el sexo de los sujetos pasivo y activo en los delitos de hostigamiento sexual (artículo 308), abuso sexual (artículo 309) y estupro (artículo 311).

Tratándose de la corrupción de menores se considera como agravante, con una penalidad de siete a doce años de prisión y multa de cien a mil días multa (cuando la penalidad simple es de seis meses a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos días-multa), cuando la práctica reiterada de los actos de corrupción produzca que los menores o incapaces se dediquen a la prostitución (artículo 208, párrafo cuarto). Este delito es considerado grave (artículo 13). No se hace mención expresa a la homosexualidad en este delito (artículo 208).

De manera expresa se señala que no se entenderán por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente (párrafo tercero del artículo 208).

Las parejas del mismo sexo no quedan protegidas por el delito de violencia intrafamiliar (artículos 228 y 229).

Se prevé que cuando por el precario estado de salud de una persona fuese notoriamente innecesaria o irracional la imposición de una sanción privativa de la

libertad, la autoridad judicial de oficio o a petición de parte, motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad (artículo 78).

Se sanciona con prisión de cuatro a diez años de prisión a quien infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable (artículo 361).

F) Legislación laboral.

a) Ley Federal del Trabajo.

Se establece como obligación de los trabajadores someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior de trabajo y en las restantes normas vigentes en la empresa, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa e incurable (artículo 134, fracción X), siendo obligación de los trabajadores el hacer del conocimiento del patrón las enfermedades contagiosas que padezcan, tan pronto como tengan conocimiento de las mismas (artículo 134, fracción XI).

Es causa de suspensión temporal de la relación laboral la enfermedad contagiosa del trabajador (artículo 42, fracción I).

La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador que haga imposible la prestación del trabajo, es causa de terminación de la relación laboral (artículo 53, fracción IV), en cuyo caso el artículo 34 dispone que el trabajador tiene derecho a recibir del patrón, como indemnización, el pago de un mes de salario y de doce días por cada año de servicios prestados (prima de antigüedad).

La infección por VIH encuadra en la tabla de enfermedades de trabajo prevista en el artículo 313, párrafo 136, relativo a las virosis, siempre que se trate de médicos, enfermeras y personal de limpieza en hospital y sanatorios, personal de laboratorio y análisis clínicos, y de personal de bancos de sangre y se identifique el agente causal en el paciente y en el sitio de trabajo.

b) Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Corresponde a las Condiciones Generales de Trabajo establecer las fechas y condiciones en que los trabajadores deben someterse a exámenes médicos previos y periódicos (artículo 88, fracción IV).

Se prevé como causa de suspensión temporal de los efectos del nombramiento de un trabajador, el que éste contraiga alguna enfermedad que implique un peligro para las personas que trabajan con él (artículo 45, fracción I).

Es causa de terminación de la relación laboral la incapacidad permanente del trabajador, física o mental, que le impida el desempeño de sus labores (artículo 46, fracción IV).

c) Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios (del Estado de México).

Regula las relaciones de trabajo entre los poderes públicos del Estado de México y los Ayuntamientos, y sus respectivos servidores públicos (artículo 1º), con exclusión de los integrantes de los cuerpos de seguridad pública (artículo 16).

Como requisito de ingreso se requiere contar con buena salud, que se comprobará con certificados médicos, en la forma en que se establezca en cada institución pública (artículo 47, fracción VII).

Es obligatorio para los trabajadores someterse a exámenes médicos previos y periódicos, en las fechas y condiciones establecidas en las Condiciones Generales de Trabajo (artículo 56, fracción VIII, en relación con el artículo 88, fracción VI).

Es causa de suspensión de la relación laboral el que el trabajador padezca alguna enfermedad contagiosa, que implique un peligro para las personas que laboran con él (artículo 90, fracción I).

Es causa de terminación de la relación laboral, sin responsabilidad de las instituciones públicas, la incapacidad permanente del servidor público que le impida el desempeño de sus labores (artículo 89, fracción V).

El artículo 137 prevé que los servidores públicos que sufran enfermedades por causas ajenas al servicio, tienen derecho a licencia cada año, hasta por 15 días con goce de sueldo íntegro, hasta por 15 días más, con medio sueldo, y hasta por 30 días más, sin goce de sueldo, cuando tengan menos de un año de servicios (fracción I), períodos de tiempo que se duplican cuando tengan de uno a cinco años de servicios (fracción II), se triplican con una antigüedad de cinco a diez años de servicios (fracción III), y se cuadruplican con diez o más años de servicios (fracción IV).

Son consideradas enfermedades de trabajo las previstas en la Ley Federal del Trabajo (artículo 127).

d) Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado y Municipios de Yucatán.

Regula las relaciones de trabajo entre los poderes públicos del Estado de Yucatán y los Municipios, y sus respectivos servidores públicos (artículo 1º).

Es obligatorio para los trabajadores someterse a exámenes médicos previos y periódicos, en las fechas y condiciones establecidas en las Condiciones Generales de Trabajo (artículo 89, fracción IV).

Se prevé como causa de suspensión temporal de la relación laboral, que el trabajador contraiga alguna enfermedad que implique un peligro para las personas que trabajan con él (artículo 47, fracción I).

Es causa de terminación de la relación laboral, sin responsabilidad patronal, la incapacidad permanente del trabajador, física o mental, que le impida el desempeño de sus labores (artículo 48, fracción IV).

En el artículo 110 se señala que los trabajadores que sufran enfermedades no profesionales, tienen derecho a licencia cada año, hasta por 30 días con goce de sueldo íntegro, y hasta 30 días más, con medio sueldo, siempre que tengan más de seis meses y menos de cinco años de servicio (fracción I), períodos de tiempo que se duplican cuando tengan de cinco a diez años de servicio (fracción II), y se triplican con una antigüedad de más de diez años de servicios (fracción III).

Se prevé que los trabajadores con más de quince años de servicios que tengan una incapacidad permanente, física o intelectual, tendrán derecho a una pensión de retiro (artículo 112), lo que se hace extensivo a quienes tengan más de diez años de servicios, con una pensión de cuantía inferior a la anterior (artículo 113).

G) Seguridad Social.

a) Ley del Seguro Social.

Para los efectos del seguro de enfermedades y maternidad sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de asegurado (artículo 84, fracción III).

Los artículos 120, 121 y 122 determinan que cuando un trabajador (asegurado) afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social encuadra en un supuesto de invalidez (incapacidad) para el desempeño de su trabajo, por causas ajenas al desempeño del mismo, tiene derecho a recibir una pensión (pago periódico y de por vida) y a recibir tratamiento médico y medicamentos, siempre y cuando tenga más de doscientas cincuenta semanas de cotización (equivalentes a 4.8 años de servicios), cuando se trate de una invalidez menor al 75%, o tenga más de ciento cincuenta semanas de cotización (equivalentes a 2.88 años de servicios), cuando se trate de una invalidez de al menos el 75%, en tanto que si tiene menos semanas de cotización a las que han sido mencionadas, únicamente tiene

derecho a recibir (retirar) el saldo de su cuenta individual del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (pago por única vez).

b) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Para los efectos del seguro de enfermedades y maternidad sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de asegurado (artículo 24, fracción I).

Los artículos 67 y 87 prevén que cuando un trabajador (asegurado) afiliado al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado encuadra en un supuesto de invalidez (incapacidad) para el desempeño de su trabajo, por causas ajenas al desempeño del mismo, tiene derecho a recibir una pensión (pago periódico y de por vida) y a recibir tratamiento médico y medicamentos, siempre y cuando tenga más de 15 años de servicios, en tanto que si tiene menos de 15 años de servicios únicamente tiene derecho a recibir una indemnización global (compensación o pago por única vez).

c) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vigente hasta el 7 de agosto de 2003).

Para la prestación de los servicios médicos integrales sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de militar o pensionado (artículo 152).

Los artículos 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155 determinan que cuando un militar encuadra en un supuesto de inutilidad (incapacidad) para el servicio, por causas ajenas a éste, tiene derecho a recibir un haber de retiro (pago periódico y de por vida) y a recibir tratamiento médico y medicamentos, siempre y cuando tenga más de 20 años de servicios, en tanto que si tiene menos de 20 años de servicios únicamente tiene derecho a recibir una compensación (pago por única vez), perdiendo el derecho de seguir recibiendo atención médica y medicamentos.

En la práctica administrativa, con un pretendido fundamento en la fracción 117 de la primera categoría de inutilidad, de las tablas anexas a la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas, que establecía que era causa de baja: "117. La susceptibilidad a infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo, no susceptibles de tratamiento", los militares infectados con VIH eran dados de baja

de las fuerzas armadas, no obstante que la infección por VIH sí es susceptible de tratamiento.

d) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vigente a partir del 8 de agosto de 2003).

Para la prestación de los servicios médicos integrales sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de militar o pensionado (artículo 142, fracción I).

Los artículos 21, 22, fracción I, 24, fracción IV, 35, 36, 142 y 145 determinan que cuando un militar encuadra en un supuesto de inutilidad (incapacidad) para el servicio, por causas ajenas a éste, tiene derecho a recibir un haber de retiro (pago periódico y de por vida) y a recibir tratamiento médico y medicamentos, siempre y cuando tenga más de 20 años de servicios, en tanto que si tiene menos de 20 años de servicios únicamente tiene derecho a recibir una compensación (pago por única vez), perdiendo el derecho de seguir recibiendo atención médica y medicamentos.

En el artículo 226, párrafo 83 de la primera categoría se establece como causa de retiro de las fuerzas armadas el hecho de que los militares presenten seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con pruebas suplementarias, más infecciones por gérmenes oportunistas y/o neoplasias malignas, en tanto que en el párrafo 45 de la segunda categoría se establece como causa de retiro el que los militares tengan seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con pruebas suplementarias.

e) Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios.

Sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de servidor público o pensionado (artículo 5, fracción VI, párrafos 1 y 2).

Tratándose de los servicios de medicina preventiva y promoción de la salud, se otorga al Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios la atribución de controlar y vigilar a los grupos vulnerables o de alto riesgo (artículo 57, fracción XI).

La incapacidad física o mental, permanente o temporal, por causas ajenas al servicio, da derecho a recibir una pensión por inhabilitación, siempre que se tenga

al menos un año de servicio. De uno a 15 años de servicio se paga el 40% del sueldo sujeto a cotización del sistema solidario de reparto, porcentaje que se incrementa progresivamente con una mayor antigüedad, pudiendo llegar al 95% de tal sueldo, con 35 años de servicios (artículo 94).

Corresponde al Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios elaborar y aprobar el catálogo de riesgos profesionales y de trabajo (artículo 20, fracción VII), cuya calificación y valoración se realiza conforme a los reglamentos específicos, siendo supletoria al respecto la Ley Federal del Trabajo (artículo 61).

f) Ley de Seguridad Social para los Trabajadores Públicos del Estado de Yucatán, de sus Municipios y de los Organismos Públicos Coordinados y Descentralizados de carácter estatal.

Sólo se otorga el carácter de derechohabiente a la persona unida en matrimonio o concubinato con quien tenga el carácter de servidor público o pensionista (artículos 23, fracción I y 102, fracciones I y II), siempre que exista dependencia económica.

La incapacidad permanente por causas ajenas al servicio, da derecho a recibir una pensión por inhabilitación, siempre que se cuente al menos con 15 años de servicio (artículo 63, fracción III, inciso b). Con 15 años de servicio se paga el 40% del último sueldo, porcentaje que se incrementa progresivamente con una mayor antigüedad, pudiendo llegar al 80% de tal sueldo, con 30 años de servicios (artículo 64, fracciones I y V).

Tratándose de enfermedades que producen incapacidad permanente parcial, la atención médica se da hasta por un plazo máximo de 52 semanas para la misma enfermedad, de conformidad con el artículo 20, inciso a).

g) Reglamento del Seguro de Salud para la Familia (previsto en el artículo 240 de la Ley del Seguro Social).

En el artículo 11, fracción II, se excluyen como sujetos de aseguramiento, al titular del núcleo familiar, al beneficiario o al familiar adicional, que entre otros padecimientos, tengan el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o sean VIH positivos.

H) Legislación en materia de seguridad pública.

a) Ley de la Policía Federal Preventiva.

Se establece como deber de los miembros de la Policía Federal Preventiva el cumplir sus funciones, sin discriminar a persona alguna, entre otras causas, por su preferencia sexual (artículo 12, fracción III).

Es requisito de ingreso y permanencia en la Policía Federal Preventiva, el contar con el perfil físico y médico que establezca su Reglamento (artículo 14, fracción V).

b) Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.

Se establece como obligación de los elementos de los cuerpos de seguridad pública del Distrito Federal no discriminar a persona alguna en el cumplimiento de sus funciones, entre otras causas, en razón de su preferencia sexual (artículo 17, fracción V).

Es requisito para formar parte de los cuerpos de seguridad pública contar “con el perfil físico y médico” necesario para realizar las actividades policiales (artículo 26, fracción V).

c) Ley de Seguridad Pública Preventiva del Estado de México.

Se establece como requisito para el ingreso al Colegio de Policía disfrutar de buena salud física y mental y no estar incapacitado médicamente para realizar la función policial, por padecer enfermedad que sea diagnosticada clínicamente irreversible, que no permita desempeñar la función policial (artículo 46, fracción V). Es obligación de los miembros de los cuerpos preventivos de seguridad pública someterse a los exámenes médicos que determinen las autoridades competentes (artículo 55, fracción I).

Expresamente se señala que es deber de los miembros de los cuerpos preventivos estatal y municipales de seguridad pública cumplir sus funciones con absoluta imparcialidad, sin discriminar a persona alguna, entre otras causas, por su preferencia sexual (artículo 53, fracción III).

d) Ley de Seguridad Pública del Estado de Yucatán.

Corresponde al Instituto de Capacitación Profesional de las Corporaciones de Seguridad Pública del Estado evaluar las aptitudes físicas y mentales de los integrantes de las corporaciones policiales del Estado (artículo 30, fracción IV).

I) Legislación en materia de reclusorios y ejecución de sanciones.

a) Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (de carácter federal).

En el artículo 6º, párrafo segundo, se prevé que los reos serán clasificados en instituciones especializadas, entre las que podrán existir hospitales para infecciosos.

Se señala que la visita íntima tiene por finalidad principal el mantenimiento de las relaciones “maritales” del interno, en forma sana y moral (artículo 12, párrafo segundo).

b) Ley de Ejecución de sanciones penales para el Distrito Federal.

Se señala que quienes sufran alguna discapacidad o incapacidad para el trabajo tendrán una ocupación adecuada a su situación, de acuerdo con las recomendaciones técnicas del caso (artículo 16).

Se prohíbe que puedan ser ubicados en las instituciones de alta seguridad los enfermos terminales (artículo 24, penúltimo y último párrafos).

Se prevé que cuando algún sentenciado no pueda cumplir con alguna de las modalidades de la sanción penal impuesta, por ser incompatible con su estado de salud, la autoridad ejecutora podrá modificar la forma de ejecución, estableciendo las condiciones y el lugar para tal efecto (artículo 63).

c) Ley de Ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad del Estado (de México).

Se exceptúa de laborar a los internos que padezcan alguna enfermedad que los imposibilite para el trabajo (artículo 60, fracción I).

Para la clasificación de los internos (artículo 41) se prevé la realización de estudios médicos para determinar su estado de salud física y mental (artículo 37, fracción II).

Es obligación de los centros de reclusión contar con los elementos necesarios para prestar a los internos asistencia médica (artículo 90), correspondiendo al médico del centro informar al Director los casos de enfermedades transmisibles a que se refiere la Ley General de Salud, para que éste realice la notificación correspondiente (artículo 95). Se prohíbe a los enfermos usar medicamentos que no estén autorizados por el personal médico del centro (artículo 92).

Se señala que la visita íntima tiene por objeto principal el mantenimiento de la relación “marital” del interno, en forma sana y moral (artículo 86).

d) Ley de Ejecución de sanciones del Estado de Yucatán.

Está prevista la realización de estudios médicos para determinar el estado de salud física y mental del interno, que es un criterio que se toma en cuenta para la clasificación de los internos (artículo 20).

Los centros de reclusión deben contar con los elementos necesarios para prestar a los internos asistencia médica (artículos 95 y 97), correspondiendo al médico del centro dar cumplimiento a la notificación de los casos de enfermedades transmisibles a que se refiere la Ley General de Salud (artículo 100). Se permite que los internos que sufran enfermedades infecciosas o contagiosas sean sometidos a las medidas de aislamiento que determinen los médicos (artículo 96). Se prevé que en el caso de los internos condenados a sanciones privativas de libertad que no puedan cumplir con las circunstancias de las sanciones, por ser incompatibles, entre otras causas, con su salud, el Ejecutivo del Estado pueda modificar tales circunstancias, siempre que la modificación no sea esencial ni desvirtúe los fines de readaptación social ni la ejemplaridad de la sanción (artículo 128).

La visita conyugal tiene por objeto principal el mantenimiento de las relaciones íntimas del interno, en forma sana y moral (artículo 69).

J) Justicia cívica.

a) Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal.

En el artículo 8, fracción XI, se considera infracción cívica invitar a la prostitución o ejercerla, y para su procedencia se requiere queja de los vecinos, y se sanciona con multa por el equivalente de 11 a 20 días de salario mínimo o con arresto de 25 a 36 horas (artículo 9, fracción II), salvo que el infractor sea jornalero, obrero, trabajador o no asalariado, persona desempleada o sin ingresos, en cuyo caso la multa máxima será el equivalente a un día de salario mínimo. La sanción se impone sólo cuando habiéndose agotado el procedimiento conciliatorio previsto en la propia ley, no se hubiere llegado a un acuerdo o éste no se haya cumplido (artículo 9, penúltimo párrafo).

b) Bando Municipal de Policía y Buen Gobierno de Toluca de Lerdo (promulgado el 5 de febrero de 2002).

No se regula de manera expresa el ejercicio del trabajo sexual, pero en el artículo 123 se señala que toda actividad comercial o de servicios que realicen los particulares requiere autorización, licencia o permiso del Ayuntamiento.

Se establece como obligación de los vecinos del Municipio (artículo 19, fracción XXII), y de los habitantes, extranjeros y transeúntes (artículo 21), el observar, en todos sus actos, respeto a la dignidad humana y a las buenas costumbres, prohibiéndoseles alterar el orden público (artículo 150, fracción III).

A quien ejecute actos en contra de la dignidad humana, la moral y el orden público se le sanciona con arresto hasta por 36 horas (artículo 177) y una multa de 5 a 50 días de salario mínimo (artículo 166, fracción IV), que tratándose de jornaleros, obreros, trabajadores o personas no asalariadas no podrá exceder del equivalente a un día de su ingreso (artículo 143 fracción II).

Se prevé una cláusula genérica contra la discriminación, sin hacer referencia expresa a la orientación sexual (artículo 15).

c) Reglamento de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Mérida (promulgado el 31 de mayo de 2003).

En el artículo 15 se prevén como infracciones a la moral y a las buenas costumbres: discriminar a las personas por su origen étnico, cultural, religión, oficio, género o preferencia sexual (fracción II); ejercer o promover la prostitución (fracción VI); sostener relaciones sexuales o realizar actos de exhibicionismo obsceno en la vía o lugares públicos, parques o vehículos en circulación o estacionados (fracción X); y exhibir públicamente material pornográfico o difundirlo en la vía pública (fracción XI). Estas conductas inicialmente son sancionadas con amonestación (artículo 28, fracción I), con arresto conmutable por multa, en caso de reincidencia (artículo 28, fracción V), con multa de uno a diez salarios mínimos, en el caso de exhibir públicamente material pornográfico o difundirlo en la vía pública (artículo 28, fracción II), y tratándose de obreros, campesinos, jornaleros o trabajadores no asalariados, la multa no podrá exceder del importe de un salario (artículo 27, párrafo segundo).

En el artículo 4º fracción IV, inciso d), se establece como obligación del titular de la Policía Municipal cumplir sus funciones con imparcialidad y sin discriminar a persona alguna, entre otras causas, por razón de sexo, misma obligación que en el artículo 4º, fracción V, inciso c), es impuesta a los integrantes de la Dirección de Policía Municipal.

IV. ANALISIS DE LA NORMATIVIDAD Y DE SU APLICACIÓN EN LA PRACTICA.

A) Disposiciones constitucionales.

Por cuanto hace al derecho a la protección a la salud, que fue elevado a texto constitucional en febrero de 1983, a pesar de que la mayoría de la doctrina mexicana durante mucho tiempo lo caracterizó como parte de las normas programáticas, o como un derecho social que dada su progresividad es de cumplimiento paulatino, ya que depende de que el Estado cuente con los recursos económicos requeridos para su satisfacción, recientemente y después de una inicial reticencia a reconocer la exigibilidad del derecho que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia y diversos tribunales federales, al resolver juicios de amparo promovidos por personas afectadas por el VIH/SIDA lo han caracterizado como un auténtico derecho público subjetivo que es justiciable.⁽³⁾

Si bien la incorporación expresa del derecho a la no discriminación a la Constitución Federal, así como su reiteración en diversas leyes, reviste una importancia fundamental, debe tomarse en cuenta que no fue posible establecer en el texto constitucional la prohibición de la discriminación por orientación sexual,⁽⁴⁾ ante la oposición del Partido Acción Nacional, lo que indica que es una de las especies de discriminación que se encuentran arraigadas en diversos grupos sociales y políticos.

Asimismo, resulta contradictorio que después de la reforma constitucional y de la aprobación de la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, el Congreso Federal haya aprobado la vigente Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vid., infra pp. 28-29).

Debe tenerse presente que la historia jurídica de nuestro país es prolija en casos donde el reconocimiento de un derecho fundamental por sí mismo ha sido

⁽³⁾ Vid., Morales, Pedro. "Las personas con VIH-SIDA y su derecho a medicamentos", en 'Los derechos de las personas con VIH y enfermos de sida', Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, fascículo 8, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición, México, D.F., 2003, pp. 29-38, y Morales, Pedro. "La defensa del derecho a la protección de la salud ante los tribunales mexicanos", ponencia presentada en el Seminario sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en julio de 2002.

⁽⁴⁾ Si bien ello no tiene una trascendencia práctica, ya que queda proscrita cualquier diferenciación que anule o menoscabe los derechos fundamentales de las personas, denota las resistencias existentes por cuanto hace al reconocimiento de la diversidad sexual. Por otro lado, en el artículo 4° de la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación sí se hace referencia expresa a las preferencias sexuales.

insuficiente para lograr su respeto, y que carecemos de una cultura de lucha en contra de la discriminación, por lo que debe procurarse la justiciabilidad del derecho a la no discriminación, ya sea mediante el fincamiento de responsabilidad legal a las personas o entidades que realicen actos discriminatorios o mediante la supresión de los actos discriminatorios, generando precedentes en el ámbito judicial, siempre y cuando se tenga presente la existencia de múltiples discriminaciones normativas que, por su peculiar índole, difícilmente pueden ser subsanadas mediante la intervención de los tribunales, por lo que requieren la existencia de reformas legislativas.

Ejemplo de la insuficiencia de la sola existencia de legislación, lo tenemos en el hecho de que no se tiene documentado que alguien haya sido condenado por el delito de discriminación, previsto en el artículo 206 del Código Penal para el Distrito Federal.

Otro aspecto que debe ser tomado en cuenta es el hecho de que, en primera instancia, del derecho a la no discriminación sólo derivan obligaciones negativas, y que excepcionalmente tiene efectos positivos, por lo que la sola promoción del derecho a la no discriminación tiene el riesgo de limitarse a una actitud defensiva, en donde básicamente se pretenda evitar la discriminación o solucionar los casos concretos, omitiendo la promoción de la igualdad material, a través de propugnar por el respeto y potencialización de los restantes derechos fundamentales de que son titulares las personas discriminadas.

Asimismo, debe tenerse presente que el combate en contra de la discriminación no únicamente presupone la adopción de medidas legislativas, sino que de manera preponderante debe incidir en la correcta aplicación de la ley, con la finalidad de buscar cambios en las políticas públicas con contenido discriminatorio.

B. Legislación sanitaria.

La regulación del SIDA como enfermedad transmisible que se encuentra contenida en la Ley General de Salud, data de una reforma a ese ordenamiento legal que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de mayo de 1987, cuando la ley se publicó el 7 de febrero de 1984, y el Reglamento de la propia ley en materia de prestación de servicios de atención médica fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de mayo de 1986, lo que determina que la disposiciones relativas a las enfermedades transmisibles que se encuentran en dicha ley, en el reglamento que ha sido mencionado, y en las Leyes de Salud de los estados de México y Yucatán (que en esencia, reproducen las disposiciones de la Ley

General de Salud), esté enfocada básicamente a regular enfermedades de fácil transmisibilidad y no necesariamente incurables (por ejemplo cólera, fiebre tifoidea y sarampión), y consecuentemente, que el SIDA tenga una regulación inadecuada y que, al menos formalmente, exista la posibilidad del aislamiento de las personas infectadas o la prohibición de que éstas puedan internarse en el territorio nacional. Sin embargo, no se tiene conocimiento que se hayan aplicado tales disposiciones a las personas con VIH/SIDA, excepción hecha del artículo 36 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, que determina que el personal que preste sus servicios en algún establecimiento de atención médica en ningún caso podrá desempeñar sus labores si padece alguna de las enfermedades infectocontagiosas motivo de notificación obligatoria, ya que en tal caso sí se conocen antecedentes de trabajadores de la salud que han sido despedidos, se les ha negado el acceso a las residencias médicas o se les ha impedido atender pacientes, por el hecho de ser seropositivos.

Ante la inicial reticencia del gobierno para establecer un programa de acceso universal y gratuito a medicamentos, en la actualidad se ha establecido tal programa, que se encuentra vinculado con las aportaciones económicas que cada entidad federativa realice, lo que determina que existan niveles diferenciados de acceso, dependiendo de la entidad federativa de que se trate. Tratándose de los derechohabientes de las instituciones de seguridad social es frecuente que enfrenten problemas de desabasto por periodos cortos de tiempo, que determinan que la vía judicial no sea idónea para combatir tal tipo de actos, sin que hayan operado de manera eficaz las instancias de defensa de los derechos humanos de carácter no jurisdiccional. Debido a ambos aspectos, la labor de las ONG's y de los activistas ha estado enfocada en la defensa del derecho a la protección a la salud, frecuentemente en una visión reduccionista, que se agota en el acceso oportuno a los medicamentos, habiendo descuidado la promoción y defensa de otros derechos fundamentales.

Por otro lado, la introducción del sistema de protección social en salud constituye una reforma regresiva, ya que básicamente traslada a las entidades federativas la obligatoriedad de satisfacer el derecho a la protección a la salud, al imponerles obligaciones de financiamiento, de la prestación de los servicios de salud y del suministro de medicamentos, en tanto que a la federación sólo se le imponen obligaciones de financiamiento (supeditadas a la existencia de recursos presupuestales), al tiempo que opera con una lista reducida de padecimientos (de los que se excluye el VIH/SIDA), y de medicamentos asociados a que tendrán

derecho las personas aseguradas, siendo que la determinación de los servicios esenciales de salud y de los medicamentos asociados podrá ser revisada, ampliada o adecuada, atendiendo a criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y aceptabilidad social, lo que permite que puedan ser excluidos tratamientos médicos y suministro de medicamentos, por razones de costo o de aceptación social, y no por su mayor eficacia terapéutica, por lo que sólo se tendría derecho a ser tratado de las enfermedades que sean consideradas objeto de los servicios esenciales de salud, o en su caso, de cuotas reguladoras. Debido a ello, a nivel legislativo existe un tratamiento dual del derecho a la protección a la salud, el que opera para la población abierta, y el que aplica a las personas aseguradas en el sistema de protección social en salud.

La Secretaría de Salud no realiza actividades de supervisión sobre el cumplimiento de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 2000, lo que determina que los incumplimientos a la misma, como regla general, no sean sancionables, no obstante que cada vez es más frecuente la realización de pruebas de detección del VIH como requisito para la contratación de personal o como causa de terminación de la relación laboral.

C. Legislación sobre seguridad social.

Se encuentra ampliamente documentada la sistemática e inconstitucional práctica de dar de baja a los militares seropositivos, sin que existiera causa legal para ello, bajo la anterior Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vigente hasta el 7 de agosto de 2003), acompañada de múltiples actos violatorios de los derechos fundamentales de los militares, tales como la realización masiva de pruebas de detección, el quebrantamiento de la confidencialidad, la segregación pública de las unidades militares, la realización de las pruebas de detección sin contar con el consentimiento informado, sin previa consejería y sin ulterior apoyo psicológico, la pérdida de los beneficios de seguridad social y de ingresos económicos (cuando los militares contaban con una antigüedad menor a los veinte años de servicios, en cuyo caso sólo recibían un pago por única vez, denominado compensación), y la práctica de poner a los militares infectados “bajo custodia familiar”. Actualizándose otras violaciones a derechos fundamentales, tales como la vulneración del derecho al trabajo, el

derecho a la educación y el derecho a la protección a la salud, ya que su aplicación no sólo implicó que los militares seropositivos hayan sido dados de baja, con la consecuente pérdida del empleo, de ingresos económicos y de las prestaciones de seguridad social, sino que también se tradujo en la imposibilidad de ingresar al servicio de las fuerzas armadas y de acceder a las escuelas militares, las cuales exigían como requisito de ingreso la realización de pruebas de detección del VIH.

Por otro lado, la actual Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas⁽⁵⁾ (vigente a partir del 8 de agosto de 2003), prevé como causa de retiro de las fuerzas armadas, en el artículo 226, parágrafo 83 de la primera categoría, el hecho de que los militares presenten seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con pruebas suplementarias, más infecciones por gérmenes oportunistas y/o neoplasias malignas, en tanto que en el parágrafo 45 de la segunda categoría se establece como causa de retiro el que los militares tengan seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con pruebas suplementarias, lo que determina la validación legislativa de la inconstitucional práctica a que se ha hecho referencia en el párrafo que antecede (con toda la gama de actos violatorios de derechos fundamentales que la acompañan),⁽⁶⁾ situación que carece de toda razonabilidad, ya que pasa por alto la evidencia empírica que acredita que entre el momento en que se produce la infección por VIH y el momento en que se manifiesta sintomatología de SIDA, puede transcurrir un gran número de años, que se calcula que al menos en el 50%

⁽⁵⁾ Tiene por antecedente una iniciativa presentada por el Presidente de la República ante la Cámara de Diputados y una iniciativa presentada por diversos diputados, y fue aprobada en la Cámara de Diputados con 360 votos a favor, 0 en contra y 4 abstenciones, y en la Cámara de Senadores con 85 votos a favor, 0 en contra y 5 abstenciones. La promulgación de esta ley contradice abiertamente el parágrafo 59 de la Declaración de compromiso de la Organización de las Naciones Unidas en la lucha contra el VIH/SIDA, aprobada por la Asamblea General el 27 de junio de 2001, que establece como compromiso para el año de 2003 el promulgar, fortalecer o hacer cumplir, según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con VIH/SIDA.

⁽⁶⁾ Ejemplo de una normatividad protectora de los derechos humanos de los militares con VIH/SIDA, lo constituye el Decreto 908/95, promulgado por el Presidente de Argentina, que prevé la obligación de las fuerzas armadas de dicho país de "establecer metodologías operacionales uniformes tendientes a la prevención del contagio de VIH", obliga que los militares reciban el tratamiento médico necesario, garantiza su continuidad en el servicio de las armas, previendo que en caso de que ello sea necesario, se les asignarán funciones acordes con su estado de salud y protege la confidencialidad de su condición de portadores del VIH. Vid., Patitó, José Angel y colaboradores. "El SIDA en la medicina legal. Legislación y consideraciones éticas". Ediciones Centro Norte, primera edición, Buenos Aires, 2001, p. 161.

de los casos es mayor de 10 años y que aún en los casos en que hay sintomatología por VIH, con los medicamentos actualmente disponibles, la expectativa de vida puede llegar a más de 20 años de sobrevivencia, en condiciones de salud tales que permiten el desempeño de funciones normales para cualquier persona.

Por cuanto hace a la comparación de las diversas leyes en materia de seguridad social, resulta discriminatoria la diversa antigüedad requerida para tener derecho a gozar de pensiones de retiro por causa de incapacidad total permanente, así como el no reconocimiento del carácter de derechohabientes, tratándose de parejas no heterosexuales.

La exclusión expresa de las personas con VIH/SIDA (al igual que las personas que padezcan otras enfermedades crónicas), como sujetos de aseguramiento del Seguro de Salud para la Familia (artículo 11 del correspondiente Reglamento), constituye un claro ejemplo de discriminación por el estado de salud de las personas.

D. Legislación civil.

El no otorgamiento de consecuencias jurídicas a las relaciones de parejas no heterosexuales, por parte de los Códigos Civiles, excluye a estas personas de los beneficios atribuidos al matrimonio y al concubinato (derecho de recibir alimentos, de heredar por vía legítima y de ser causahabiente en el arrendamiento), existiendo casos documentados de desprotección legal ante la muerte de la pareja. Esta desprotección también tiene una íntima vinculación con la carencia de prestaciones de seguridad social.

Si bien el padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea contagiosa o hereditaria, es considerado como impedimento para contraer matrimonio y como causa de divorcio, en el caso del Código Civil del Distrito Federal es convalidable por la aceptación expresa de la otra persona y por sí misma no implica la existencia de cónyuge culpable. Este propio ordenamiento, a diferencia de los Códigos Civiles del Estado de México y de Yucatán, que establecen que padecer una enfermedad crónica e incurable es impedimento para desempeñar la tutela o la curatela, determina que tal padecimiento debe impedir el ejercicio adecuado del cargo para que opere, esto es, realiza una razonable diferenciación de acuerdo al estado de salud concreto.

Las disposiciones del Código Civil del Estado de México que prevén que la bisexualidad es un impedimento para contraer matrimonio, y causal de nulidad del

matrimonio y de divorcio, tienen un matiz discriminatorio. Sin embargo, constituye un aspecto positivo la posibilidad de que la bisexualidad pueda ser aceptada por el otro cónyuge, en cuyo caso no produce efectos jurídicos, lo que implica el tácito reconocimiento de cierta disponibilidad de bienes jurídicos, en el sentido de que una persona puede decidir relacionarse maritalmente con otra, no obstante su bisexualidad.

E. Legislación penal.

Destaca la protección otorgada por el actual Código Penal del Distrito Federal, a las parejas permanentes, independientemente de su orientación sexual, ya que superando la noción reduccionista de la pareja unida en matrimonio o en concubinato, sin especificar la orientación sexual de la pareja le otorga a la permanencia de la misma una amplia protección, a través de la aplicación del principio de que donde la ley no distingue, no se debe distinguir. Este mismo ordenamiento excluye a las prácticas homosexuales como un supuesto configurador de la corrupción de menores o de la pornografía, al tiempo que suprime el carácter femenino que debía ser satisfecho por las víctimas de los delitos de abuso sexual, hostigamiento sexual y estupro (lo que también acontece en el Código Penal de Yucatán).

Si bien se estima conveniente la existencia del delito de peligro de contagio, ya que no penaliza el ejercicio de la sexualidad, sino la conducta de no proteger las relaciones sexuales cuando existe el riesgo del contagio, sobre el mismo deben formularse las siguientes precisiones: contrariamente a lo que piensa la mayoría de la población, se trata de un delito que excluye el contagio en sí mismo, ya que solo supone la actualización de la conducta típica o existencia del riesgo, por lo que en caso de que se actualice el contagio, tal delito se subsume en el delito de lesiones. Sin embargo, resulta preocupante que el Código Penal del Estado de México establezca que cuando el contagio se actualiza el responsable será enjuiciado por el delito de homicidio, y que el Código Penal de Yucatán establezca una penalidad agravada, cuando la enfermedad contagiosa sea incurable (de tres meses a ocho años de prisión) o mortal (hasta quince años de prisión), cuando la penalidad del tipo básico es de tres meses a tres años de prisión.

F. Legislación laboral.

Es frecuente la realización de la prueba de detección de VIH como requisito para acceder a la contratación de un empleo o para prestar servicios en instituciones

públicas (ejemplo de ello es la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la Policía Federal Preventiva, a quien no le es aplicable la legislación laboral), al tiempo que la seropositividad en ocasiones da lugar al despido, ello debido a que las disposiciones de la Norma Oficial Mexicana se han tornado por entero insuficientes para impedir tales prácticas (por las razones que fueron expuestas al referirnos a la legislación sanitaria).

Se observa una creciente práctica de parte de las instituciones bancarias, de argumentar la supresión de plazas, para dar de baja al personal seropositivo, al cual inclusive se le ofrecen liquidaciones superiores a las que corresponderían por ley o por el contrato colectivo de trabajo, para que voluntariamente acepten la terminación de la relación de trabajo. Todo parece indicar que se trata de evitar los costos económicos que implica la atención médica y el suministro de medicamentos (debe tenerse presente que como una prestación, los empleados bancarios reciben atención médica financiada por las instituciones bancarias).

G. Legislación relativa a reclusorios y ejecución de sanciones.

Esta legislación prácticamente es omisa en regular el caso de las personas afectadas por el VIH. Sin embargo, ante la recurrencia de denuncias de actos violatorios de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, se estima necesaria la realización de un estudio de campo que documente como están siendo detectados los casos y que consecuencias produce en la vida cotidiana de los internos, el estar infectado con VIH.

H. Justicia cívica.

En la práctica destaca el trato discriminatorio que reciben las personas que se dedican al trabajo sexual, discriminación que se agudiza cuando se trata de personas no heterosexuales.

V. ACTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN.

A) Tribunales.

Ha sido efectiva la tutela jurisdiccional de las personas afectadas por el VIH/SIDA, por cuanto hace al derecho a la protección a la salud (básicamente respecto al acceso a medicamentos), destacando que usualmente los juzgadores han adoptado criterios progresistas a favor de los afectados, siendo ejemplo de ello el que, no obstante que en los términos previstos en la Ley de Amparo las medidas

cautelares no tienen efectos constitutivos, en múltiples ocasiones les han otorgado tales efectos y que han sido bastante liberales para la acreditación del interés jurídico de los promoventes de los juicios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por su propia naturaleza, la tutela jurisdiccional es de alcances limitados, ya que independientemente de su posible impacto en las políticas públicas, sólo protege a aquellas personas que han logrado acceder a un abogado, y cuyo estado de salud les permite acudir a los tribunales con el fin de hacer valer sus derechos.⁽⁷⁾

a) Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al resolver el amparo en revisión 2231/97, que derivó de un juicio de amparo promovido por una persona infectada con VIH, en donde se reclamó la exclusión de los inhibidores de la proteasa y de la transcriptasa reversa, del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos 1996, que se traducía en que los servicios públicos de salud estuvieran impedidos de suministrar tales medicamentos, no obstante sus evidentes beneficios terapéuticos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 25 de octubre de 1999 por primera vez reconoció la exigibilidad judicial del derecho a la protección a la salud, así como el derecho de los enfermos de recibir los medicamentos que representen la mejor alternativa terapéutica, sustentando el criterio siguiente:⁽⁸⁾ “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las

⁽⁷⁾ Vid., Morales, Pedro. “Las personas con VIH-SIDA y su derecho a medicamentos”, 29-38.

⁽⁸⁾ Consultable en la página 112 del Tomo XI, Marzo de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. En el juicio de amparo las autoridades de la Secretaría de Salud argumentaron: a) que los medicamentos reclamados no eran esenciales, ya que si bien proporcionaban una mejor calidad de vida y una mayor sobrevivencia, no tenían carácter curativo; b) que no tenía caso darles los medicamentos a los pacientes, dado que de cualquier forma morirían; y c) que existían otras enfermedades y padecimientos que requerían igual o mayor atención que el VIH. En primera instancia, fue negado el amparo solicitado, bajo el argumento de que si bien los enfermos tenían derecho a recibir medicamentos, carecían del derecho subjetivo de recibir un medicamento específico, ante la existencia de otras enfermedades que merecían la mayor atención del sector salud.

necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.” Si bien el caso fue resuelto por unanimidad, el hecho de que sólo hayan estado presentes siete integrantes de la Suprema Corte de Justicia determina que no sea un criterio idóneo para integrar tesis jurisprudencial. Se trata de un caso paradigmático, en donde la promoción del juicio de amparo, su difusión en los medios de comunicación y la sentencia de la Suprema Corte fueron factores determinantes en la modificación del discurso político empleado por las autoridades y de la política pública respecto al acceso de medicamentos de las personas afectadas por el VIH/SIDA.

Un segundo precedente de la Suprema Corte de Justicia, fue generado con motivo de una demanda de amparo promovida por un militar que fue dado de baja por estar infectado con el VIH, en donde al resolver el amparo en revisión 494/99, por unanimidad de los nueve Ministros presentes, el 8 de junio de 2000 el Pleno de la

Suprema Corte de Justicia, sustentó el siguiente criterio:⁽⁹⁾ “SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 183 DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVA, AL ESTABLECER QUE LA INUTILIZACIÓN PARA EL SERVICIO POR CAUSAS EXTRAÑAS A ÉL, SE ACREDITARÁ CON LOS CERTIFICADOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LOS MÉDICOS MILITARES DESIGNADOS POR LAS SECRETARÍAS DE LA DEFENSA NACIONAL O DE MARINA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El artículo 183 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que establece que la inutilización por causas extrañas al servicio se acreditará únicamente con los certificados médicos que deben expedir los médicos militares especialistas que designen las Secretarías de la Defensa Nacional o de Marina, respeta las formalidades esenciales del procedimiento, entre ellas, la consistente en la igualdad probatoria de las partes, por lo que no transgrede la garantía de audiencia. Ello es así, en virtud de que de conformidad con lo dispuesto en el diverso artículo 195 de la propia ley, las dependencias encargadas del manejo del personal militar en las aludidas secretarías tienen obligación, en caso de encontrar alguna causa que diera lugar al retiro forzoso, de informarlo así a la dependencia correspondiente, acompañando la documentación comprobatoria, como son los certificados médicos a que se refiere el citado artículo 183, lo que evidencia que este precepto sólo es aplicable al procedimiento interno entre las distintas dependencias de las secretarías mencionadas. Esto es, el supuesto previsto en el último precepto citado opera solamente para la autoridad militar, Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina y demás dependencias, únicas interesadas en demostrar la causa de inutilización por razones extrañas al servicio, y no para aquel que pretenda hacer valer sus derechos frente a esas autoridades administrativas cuando hubieren declarado una causa de inutilidad para el servicio, pues el artículo 197 de la ley de referencia no establece limitante alguna para el ofrecimiento de pruebas que haga el quejoso en el escrito de inconformidad a que tiene derecho en contra de la declaración provisional de inutilidad, de ahí que no se viole formalidad alguna en el procedimiento, ya que la igualdad entre las partes subsiste.”

⁽⁹⁾ Página 43 del Tomo XII, Septiembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. En este caso, la Suprema Corte de Justicia realizó lo que doctrinariamente se denomina “interpretación conforme a la Constitución”, al interpretar el precepto legal a que se hace referencia de modo tal que no resulte inconstitucional, siempre y cuando se interprete en el sentido determinado por la propia Suprema Corte.

b) Tribunales Colegiados de Circuito.

Han sido diversas las resoluciones pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, en casos promovidos por personas afectadas con el VIH, entre las que se encuentran:

1) Resoluciones que contienen medidas cautelares, por cuanto hace al suministro de medicamentos y la prestación de servicios de atención médica.

1.1.) Mediante ejecutoria de 23 de septiembre de 2003, pronunciada en el expediente R.I. 430/2003, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito revocó la sentencia interlocutoria que había negado la medida cautelar definitiva, al considerar que "... los efectos y consecuencias de los actos consistentes en la cancelación de la afiliación del quejoso al régimen del Seguro Social para la Familia y la negativa de suministrarle los medicamentos y el tratamiento médico necesario para atender el padecimiento médico que reporta, se traducen en que la asistencia médica que por virtud de la afiliación le era proporcionada, con motivo de los actos reclamados ya no le sea suministrada", - por lo que- "... se priva al impetrante de garantías de la continuidad del servicio médico que requiere, el cual se encuentra inmerso (-en-) el principio de asistencia social que tutelan las instituciones de salubridad, como aquélla de la cual dependen las autoridades responsables en el presente asunto, al tratarse del Instituto Mexicano del Seguro Social", concluyendo que procede "...conceder la suspensión definitiva de los efectos y consecuencias de los actos reclamados ... para el efecto que las autoridades responsables se abstengan de privar al quejoso del suministro de los medicamentos y el tratamiento médico que le son necesarios, para el adecuado tratamiento de la infección causada por el virus de inmunodeficiencia humana, del cual padece, así como de cualquier otro padecimiento, enfermedad o afectación en su salud, que como derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, merece contar, en su carácter de beneficiario, con la correspondiente asistencia médica ..."

2) Resoluciones que se pronuncian sobre el otorgamiento o negativa de la medida cautelar, para el efecto de que los militares puedan seguir prestando sus servicios y recibiendo el pago de sus haberes.

2.1.) Mediante ejecutoria de 11 de agosto de 2000, dictada en el expediente RA-551/2000, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, determinó revocar la sentencia interlocutoria recurrida, concediendo la

medida cautelar solicitada, por considerar “que contrariamente a lo sostenido por la juez del conocimiento, en tratándose del personal del Ejército y Fuerza Armada Mexicana, si bien es cierto que son elementos destinados a proteger primordialmente la integridad, independencia y soberanía de la nación o en su caso, auxiliando a la población civil, lo cierto es que se trata de servidores públicos que de una u otra forma dan protección a la población, por lo que cuando se les dé de baja porque se nieguen a cumplir ordenes tendientes a proporcionar esta protección, es indudable que la suspensión debe negarse, pero cuando como en el caso que nos ocupa, la baja obedezca a otro motivo como es el padecimiento que dice sufrir el quejoso, con independencia de que haya sido o no contraído fuera del servicio, (lo que sería en todo caso motivo de estudio que en cuanto al fondo del asunto se haga), es indudable que el otorgamiento de la medida suspensiva no puede contravenir lo dispuesto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, ya que, en la especie no se advierte del examen de las constancias de autos que se encuentre imposibilitado para cumplir las funciones que se le encomiendan por lo que la medida de ninguna forma se vería afectado el orden público y el interés social, ya que no se trata en estricto sentido del incumplimiento de una orden militar, máxime, si se toma en consideración que el recurrente ostenta el grado de ... de lo que se desprende que no realiza ninguna actividad que pueda considerarse como esencial para el instituto armado, por lo que, en este aspecto procede revocar la interlocutoria sujeta a revisión y otorgar la suspensión definitiva para el efecto de que no se impida seguir prestando los servicios en la forma y términos en que los tenía encomendados hasta antes del aviso de baja que reclama, salvo que a la fecha se encuentre imposibilitado físicamente para prestarlos.”

2.2.) Por ejecutoria de 18 de septiembre de 2002, pronunciada en el expediente Q.A. 317/2002-X, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito confirmó el auto que había negado la medida cautelar provisional, por cuanto hace a seguir prestando los servicios a las fuerzas armadas y seguir percibiendo los haberes, al haber estimado que “... el Ejército Nacional no solamente realiza funciones relacionadas con la seguridad social, sino también de labor social entre otros supuestos ..., por lo que cualquier labor que éste realice se considera dirigida a satisfacer atribuciones primordiales, motivo por el que las labores que desempeña el recurrente ... como ... no pueden desvincularse de los fines que persigue el instituto armado y mucho menos puede restárseles la importancia que tienen”, agregando que resultaba infundada “... la aseveración

relativa a que con la negativa de la suspensión se les ocasionen daños y perjuicios de difícil reparación al no poder percibir los haberes que les corresponden para satisfacer sus necesidades alimentarias ya que, el artículo 80 de la Ley de Amparo, para el caso de que el acto reclamado resulte ilegal, obliga a nulificarlo así como todos los subsecuentes que de él se deriven, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación cometida restituyendo al agraviado en el goce pleno e íntegro de las garantías violadas, por lo que en el caso de un militar a quien se le concede la protección de la Justicia Federal contra la orden de baja en el activo del Ejército, al dársele el debido cumplimiento a la ejecutoria emitida a su favor, producirá no sólo la nulificación de dicha orden y la reinstalación en su puesto o comisión, sino además se le deberán pagar los haberes dejados de percibir desde la fecha en que fue dado de baja”, concluyendo que “... la baja o cese de un servidor público es un acto de interés social y público en contra del cual no procede otorgar la suspensión provisional al estar involucrado el bienestar del orden social de la población, esto es, la sociedad está interesada en que los servidores públicos cumplan eficazmente y con lealtad las disposiciones de orden público para poder salvaguardar la seguridad y procurar el bienestar de la comunidad, de ahí que la determinación adoptada no carezca de una base objetiva ni se realice una indebida interpretación y aplicación de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo.”

2.3.) Mediante ejecutoria de 2 de abril de 2003, dictada en el expediente R.I. 847/2003, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, confirmó la sentencia interlocutoria recurrida, al estimar “... que el recurrente no logró desvirtuar la ... consideración en que la Juez apoyó su determinación para negar la medida cautelar, consistente en que con su otorgamiento se ocasionaría un perjuicio al interés público debido a que el servicio que presta el recurrente se encuentra sometido a los principios de disciplina y organización que rigen a los empleados de la administración pública; consideración que por sí sola resulta suficiente para sustentar la negativa impugnada”, concluyendo que “... la suspensión del acto reclamado resulta improcedente contra la resolución que decreta la baja o retiro de un servidor público, en virtud de que la sociedad está interesada en que los funcionarios públicos se conduzcan durante su encargo de acuerdo con los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. En esa tesitura, el tribunal de amparo debe permitir que la orden de baja o retiro de un servidor público decretada por la autoridad administrativa siga surtiendo sus efectos, en tanto no

determine la ilegalidad de la misma; pues, de proceder de manera contraria, provocaría la reinstalación de una persona que, posiblemente, no cumpla con los estándares exigidos para el desempeño de las funciones del Estado ... -por lo que- ... debe considerarse correcta la determinación de la Juez de negar la medida cautelar en relación con los efectos de la orden de baja o retiro, con fundamento en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, en virtud de que su concesión ocasionaría un perjuicio al interés social.”

2.4.) Por ejecutoria de 31 de octubre de 2002, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvió el expediente R.I.-274/2002, determinando “... que la a quo omitió pronunciarse sobre los efectos y consecuencias de los actos reclamados, ... puesto que de la interlocutoria recurrida se advierte que la a quo nada dijo en relación a si procedía o no conceder la medida cautelar solicitada, respecto a que las autoridades responsables se abstengan de cubrir al quejoso los haberes y nivel a que tiene derecho en su carácter de ..., así como que se le impida seguir prestando sus servicios en el ejército mexicano [...] En efecto, las autoridades responsables dependientes de la Secretaría de la Defensa Nacional, al rendir los informes previos respecto de los actos reclamados en la ampliación de demanda ... manifestaron que se le continúan cubriendo al quejoso los haberes a que tiene derecho, y dicha manifestación de las responsables no está desvirtuada con prueba alguna en contrario; luego, por ende, respecto de ella resulta procedente la concesión de la medida suspensiva, a efecto de que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran hasta en tanto se emita la resolución definitiva que resuelva el fondo del asunto [...] “Por lo que se refiere a los efectos y consecuencias de los actos reclamados, consistentes en que las autoridades responsables le impidan al quejoso seguir prestando sus servicios en el ejército mexicano, este Tribunal Colegiado considera que resulta procedente la concesión de la medida cautelar solicitada, en atención a lo siguiente: [...] En efecto, si el acto principalmente reclamado se hace consistir en el oficio ..., mediante el cual se declara la procedencia definitiva de retiro del activo del quejoso ..., y en dicho oficio se asienta expresamente que la declaratoria de retiro obedeció a que: “POR ACUERDO DEL C. GENERAL SECRETARIO DE LA DEFENSA NACIONAL, ... se declara la procedencia de retiro por INUTILIDAD FUERA DE ACTOS DEL SERVICIO del ..., por padecer POSITIVIDAD A LA PRUEBA DE ELISA PARA LA DETECCIÓN DE ANTICUERPOS DEL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA [...] En el caso se estima que debe concederse la suspensión para que

no surta efectos el oficio de retiro, y se mantengan las cosas en el estado en que se encuentran hasta en tanto se emita la resolución definitiva que resuelva el fondo del asunto, ya que este Tribunal considera que se cumple el requisito previsto en el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de autos no se advierte que con el otorgamiento de dicha medida cautelar se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público, ya que para considerar que esos dos rubros se ven afectados, es necesario acreditar que se priva a la colectividad de un beneficio otorgado por las leyes o que se le cause daño que de otra manera no lo resentiría, lo cual no ocurre en este caso, si se toma en consideración que del acto reclamado por el quejoso consistente en la declaración de la procedencia definitiva de retiro contenida en el oficio ..., la cual obedeció a que el hoy quejoso resultó con positividad a la prueba ELISA para la detección de anticuerpos del virus de la inmunodeficiencia humana, no se advierte un peligro real e inminente en perjuicio del orden público para el caso de que siga trabajando el hoy quejoso en el cargo que ha venido desempeñando, pues el sólo hecho de que sea portador del virus de inmunodeficiencia adquirida, no es suficiente para considerar que de seguir desempeñándose en sus labores de ..., se cause perjuicio a la sociedad, siendo que las autoridades responsables no aportaron elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse que, en el caso concreto, la concesión de la suspensión causaría tales perjuicios al interés social, o que implicaría una contravención directa e ineludible a disposiciones de orden público, no sólo por el apoyo formalmente buscado en dichas disposiciones, sino por las características materiales del acto mismo; por tanto se considera que en el presente caso no está en juego el interés público, sino el de un particular, el cual de llegarse a ejecutar el acto reclamado podría resultar dañado en forma mayor que en su caso pudiera llegarse a dañar el interés colectivo [...] Así ... este Tribunal Colegiado estima que es procedente conceder la suspensión definitiva a favor del quejoso, para que no se ejecute el acto reclamado y se le permita continuar en el desempeño de sus labores propias de su cargo, así como la obtención del beneficio económico que de ello derive.”

2.5.) Mediante ejecutoria de 5 de agosto de 2003, pronunciada en el expediente Q.A. 97/2003, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, revocó la negativa provisional de la medida cautelar, por estimar que “no todos los actos emitidos por autoridades militares están provistos de un contenido estrictamente militar, en atención a que no todas las actividades que realizan las fuerzas armadas se vinculan de inmediato con las atribuciones primordiales que

tienen encomendadas, tales como la defensa de la integridad, la independencia y la soberanía nacionales, la seguridad interior del país y el auxilio a la población civil en casos de necesidad pública [...] –ya que también- “realizan actos que no están vinculados directamente con los fines militares, como pueden ser las órdenes de tipo laboral o de tipo administrativo, como lo es la baja de sus elementos, entre otros actos, así que aun cuando ésta debe realizarse dentro del marco de la disciplina militar y en el entorno de la normatividad que rige a las referidas fuerzas armadas, ello no necesariamente significa que el contenido de dicho acto sea de carácter militar, desde el punto de vista material, pues ... es evidente que se trata de actos cuya realización no afecta directamente las preindicadas encomiendas asignadas a esas fuerzas.” Agregando que “... el hecho de suspender la ejecución de un acto cuyo contenido sea estrictamente militar, no tendría la misma repercusión que aquellos actos que, aun proviniendo de una autoridad militar, estén provistos de un contenido diverso, como lo puede ser el caso que nos ocupa, es decir, todo militar debe quedar ineludiblemente obligado a cumplir las órdenes que sus superiores le dirijan, cuando estén vinculadas con el desempeño de las misiones y servicios propios de las Fuerzas Armadas de México, ... en tanto que en el supuesto del militar quejoso, éste no es el mismo sujeto obligado a acatar la orden de que se trate, sino quien resultará perjudicado con la ejecución que de esa orden lleve a cabo su destinatario”, -por lo que- ... el simple hecho de estar en presencia de un acto emitido por una autoridad militar no necesariamente conduce a concluir que la suspensión decretada contra su ejecución, implicaría perjuicio a la sociedad o contravención a disposiciones de orden público, ... sino que como correctamente lo aduce el quejoso habrá de tenerse presente si la orden militar reclamada reúne los requisitos de ley para ser susceptible de suspenderse al no vincularse con las atribuciones primordiales que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas, ... motivo por el cual el agravio del recurrente es fundado, pues no es suficiente para considerar que se afecta el interés de la sociedad el hecho de que se estuviera contraviniendo órdenes militares, pues no se trata propiamente de una orden que tenga por objeto directo salvaguardar la defensa de la integridad, la independencia y la soberanía nacionales, la seguridad interior del país y el auxilio a la población civil en casos de necesidad pública.” Para sustentar su determinación, el Tribunal consideró que se solicitaba la medida cautelar en contra “... de la resolución por medio del cual se declara la procedencia definitiva de retiro del activo del hoy quejoso, por inutilidad en actos fuera de servicio; en razón de que tener el virus de

inmunodeficiencia humana VIH, y que dicho padecimiento no guarda relación de causalidad entre el padecimiento que presenta y las actividades desarrolladas en el instituto armado, por lo cual el motivo de su baja no se debe a la deficiencia en el servicio activo”, concluyendo que el hecho de estar infectado con el VIH “no representa una afectación al orden público y al interés social, pues en todo caso únicamente se encuentra infectado el quejoso y no afecta por sí a otros”, -por lo que- “... no existe evidencia de que el motivo de la inutilidad para el servicio de las Fuerzas Armadas, sea una causa que atente, contra el interés social o el orden público, en razón de que los motivos que originan la inutilidad en el servicio no tienen como fuente aspectos que pongan en riesgo la finalidad de las Fuerzas Armadas; pues ... el padecer el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), esa circunstancia por sí sola no constituye alguna de las causas por las cuales la sociedad se encuentre interesada en que no siga prestando sus servicios al Ejército Mexicano, en razón de que no ha efectuado acciones o dejado de realizar actos que pongan en riesgo el interés de la colectividad ni se contravendrían disposiciones de orden público con tal determinación, en virtud de que ... no existe evidencia que la actuación del quejoso pudiera poner en riesgo de forma directa los fines del Ejército Mexicano ...; siendo importante destacar, que en autos no hay evidencia de que efectivamente en este momento el quejoso no se encuentre apto para prestar los servicios al Ejército Mexicano.” Asimismo, el Tribunal estimó “que de no otorgarse la medida cautelar y permitir que se ejecuten los actos reclamados sí se ocasionarían daños de difícil reparación ..., pues dada la situación particular del quejoso, ... es de suma importancia que reciba los haberes que a su grado corresponden a fin de que pueda cumplir con la encomienda pública que tenga asignada, pues de lo contrario con el transcurso del tiempo se pudieran producir efectos de difícil reparación o incluso se corre el riesgo de que se afecte su salud dejando sin materia el juicio de garantías ...”, reiterando “que en el caso no se trata de una resolución en la que se haya determinado una responsabilidad del militar en sus funciones ni de actos que atenten de forma directa los fines del Ejército Mexicano ...; sino que el motivo que origina la baja del militar es el estar infectado del virus de inmunodeficiencia humana ...”, -por lo que- “procede modificar el acuerdo recurrido, para el efecto de que se le permita seguir prestando los servicios al Ejército Mexicano”, -esto es- “para el efecto de que se le paguen los haberes que correspondan a su rango y se le permita seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Armadas Mexicanas.”

3) Resoluciones que resolvieron el fondo del asunto planteado.

3.1.) Mediante ejecutoria de 29 de agosto de 2003, dictada en el expediente R.A. 183/2003, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, determinó otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal en contra del Secretario de la Defensa Nacional y otras autoridades militares, en contra de la baja decretada en perjuicio de un militar infectado con el VIH, al considerar “que el padecimiento sufrido por el quejoso, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, es decir, portador de la infección de VIH asintomático, constituye una enfermedad susceptible a infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo, que sí es susceptible a tratamiento médico, en virtud de que los procedimientos terapéuticos procedentes tienden a mantener el virus en niveles no detectables en la sangre del paciente, inducir un aumento en las células de defensa CD4, el control y disminución de la replicación viral, paliar la enfermedad, así como evitar cualquier otra enfermedad asociada asegurando una sobrevivida digna a largo plazo. Lo anterior en virtud de las definiciones que sobre el término tratamiento médico otorgaron los facultativos ...”, concluyendo que “... la hipótesis en que se fundó la autoridad responsable para emitir la declaración de procedencia de retiro definitivo por inutilidad fuera de actos de servicio, numeral 117 de la Primera Categoría de las Tablas anexas a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, es claro que la misma omitió fundar y motivar adecuadamente el oficio ..., toda vez que para llegar a tal conclusión debió analizar la segunda parte de la hipótesis normativa, referente a que si las infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo, son o no susceptibles de tratamiento, para así poder concluir la procedencia o no de dicha resolución, por lo que se violentó en perjuicio del recurrente la garantía de legalidad.”

3.2.) Por ejecutoria de 3 de septiembre de 2003, dictada en el expediente RA-314/2003, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, confirmó la sentencia que había negado el amparo y protección de la Justicia Federal, por estimar que el militar afectado “... a pesar de tener actualmente controlado su padecimiento, tiene que estar sometido a tratamientos médicos, a fin de seguir conservando su salud, pero que aún así es susceptible de padecer infecciones recurrentes atribuibles a inmunodeficiencias humorales, las cuales también pueden ser tratadas clínicamente”, no obstante reconocer “... que actualmente el paciente puede desempeñar sus funciones de ... dentro de las fuerzas armadas”, -ya que- “... como atinadamente lo menciono el juzgador del

conocimiento, el servicio de las armas exige disponibilidad del personal que lo integra, en condiciones óptimas, puesto que la función del Instituto castrense consiste en resguardar la integridad territorial y seguridad de los ciudadanos mexicanos, pudiendo presentarse determinadas tareas, como pueden ser contribuir para la eliminación de plantíos o almacenes de drogas, tener que hacer frente a diversas eventualidades, como pueden ser ayuda de personal en caso de inundaciones, de sismos etc., para lo cual pueden incluso ser enviados a los lugares en que tengan que desempeñar su labor, como puede ser el campo, la sierra, la montaña u otros sitios de difícil acceso, pudiendo incluso no tener acceso vehicular”, concluyendo que “... el personal del ejército tiene que encontrarse en óptimas condiciones, para poder desempeñar las funciones propias que las diversas tareas tengan que ser sufragadas por las fuerzas armadas”, por lo que en su criterio “... es evidente que el estado de salud del quejoso–recurrente le imposibilitaría desempeñar diferentes tipos de funciones, puesto que al estar sometido a tratamiento, en principio de cuentas necesitaría supervisión médica frecuente, además, de los dictámenes periciales se desprende que el quejoso–recurrente sí padece la infección de síndrome de inmunodeficiencia adquirida y que requiere tratamiento médico para ser controlado, por tanto, este Tribunal Colegiado considera fue correcta la actuación del juzgador al señalar que el tratamiento médico del paciente busca el control del padecimiento, más no su curación”, agregando que “... ninguno de los dictámenes periciales ... expresó que se asegurara que el tratamiento para el padecimiento del quejoso obtuviera como resultado su curación, ni tampoco que no podía empeorar su salud, así como tampoco que podía desempeñar labores diferentes a las de ...”, por lo que se concluye “... que la actuación del juzgador del conocimiento fue legal al considerar que en atención a que el servicio de las fuerzas armada requiere de la salud optima de los miembros del ejército procedía a negar el amparo al quejoso por considerar que éste no podía desempeñar las funciones que le fueran encomendadas, siendo por tanto infundados los argumentos expresados por el quejoso puesto que no desvirtúan la legalidad de la sentencia ya que las pruebas periciales de referencia no demuestran la posibilidad optima del quejoso.”

c) Juzgados de Distrito.

Frecuentemente los jueces esgrimen el reconocimiento constitucional del derecho a la protección a la salud, como razón suficiente para el otorgamiento de las medidas cautelares, las cuales son concedidas en la mayoría de los casos. A

manera de ejemplo, podemos señalar que en los juicios de amparo que hemos patrocinado, promovidos por militares seropositivos que han sido dados de baja de las fuerzas armadas, de 37 solicitudes de suspensión provisional (medida cautelar), se han obtenido 34 órdenes para que las autoridades responsables proporcionen a los enfermos el servicio médico, tratamiento médico y los medicamentos que requieren; las 3 medidas cautelares que fueron negadas fueron revocadas al ser fundados los correspondientes recursos de queja, de 27 solicitudes de suspensión definitiva, para los mismos efectos mencionados, se han obtenido 23 sentencias decretando las medidas cautelares solicitadas, y en los 4 casos en donde fue negado el otorgamiento de la medida cautelar, tal negativa fue revocada en vía de revisión.

Entre las medidas cautelares otorgadas de manera enunciativa se invocan las siguientes:

1) Medidas cautelares provisionales.

1.1.) En el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 624/98, el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, por auto de 26 de noviembre de 1998 otorgó la suspensión provisional solicitada "... para el efecto de que no se le deje de proporcionar a dicho agraviado el servicio médico y los medicamentos que le son esenciales, para un adecuado tratamiento de la infección causada por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Dicha medida se decreta apoyada en la apariencia del buen derecho, toda vez que de negarse se le causarían daños de difícil reparación."

1.2.) Por auto de 23 de marzo de 2001, pronunciado en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 173/2001, el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa otorgó la medida cautelar provisional para el efecto de "... que no se le deje de proporcionar al quejoso la asistencia médica que requiera, así como los medicamentos y tratamientos que le son necesarios y esenciales para el manejo terapéutico de la infección del virus de inmunodeficiencia que padece", -ya que- "... de negarse la suspensión provisional solicitada, se causarían al quejoso daños y perjuicios de difícil reparación, al ponerse en riesgo su salud y su vida, tomando en cuenta además, la enfermedad que padece el quejoso, por lo que con el objeto de salvaguardar la materia del juicio, es procedente el otorgamiento de la citada medida suspensiva."

1.3.) Por acuerdo de 20 de mayo de 2002, dictado en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 338/2002, el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal concedió la suspensión provisional "... para el

efecto de que se mantengan las cosas en el estado que actualmente guardan, esto es, para que no se le deje de proporcionar al quejoso ... el servicio médico que requiera, así como los tratamientos y medicamentos que le son esenciales, para un adecuado tratamiento de la infección causada por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), la cual padece ... así como que las autoridades responsables le sigan cubriendo ... los haberes y respetando el nivel a que tiene derecho, en su carácter de ... y le dejen seguir prestando sus servicios en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, esto último, siempre y cuando, a la presente fecha no se le haya dejado de cubrir dichos haberes y nivel a que tiene derecho, ni haya sido retirado del servicio activo del Ejército Mexicano.” Asimismo, concedió la medida cautelar “... para el efecto de ... que no se le deje de proporcionar a las hijas del ahora quejoso ... el servicio médico, tratamientos y medicamentos que requieren, como causahabientes del quejoso”, estimando que “... de negarse la suspensión provisional ... se causarían al quejoso y a sus menores hijas, daños y perjuicios de difícil reparación, al ponerse en riesgo su salud y su vida, tomando en cuenta, además, la enfermedad que padece el quejoso ...”

2) Medidas cautelares definitivas.

2.1.) Mediante sentencia interlocutoria de 7 de febrero de 1997, pronunciada en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 37/97, el Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal otorgó la medida cautelar definitiva “ ... para el efecto de que no se deje de proporcionar al impetrante de garantías los servicios médicos así como los medicamentos que le son esenciales para un adecuado tratamiento de la infección contraída y por la que fue retirado del Ejército Mexicano; dicha medida se decreta apoyada en la apariencia del buen derecho, toda vez que de negarse se causarían al quejoso daños de difícil si no es que hasta de imposible reparación.”

2.2.) Por sentencia interlocutoria de 21 de junio de 2002, dictada en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 338/2002, el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal otorgó la medida cautelar definitiva “... para que las autoridades no dejen de proporcionar a la parte quejosa, el servicio médico, el tratamiento médico y los medicamentos que le son esenciales para un adecuado tratamiento de la infección causada por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), del cual es portador el quejoso y a que tiene derecho en su carácter de militar en servicio activo”, así como “... para que no se deje de proporcionar a las hijas del quejoso ... el servicio médico, tratamientos y medicamentos a los que tienen derecho como causahabientes del quejoso.” El

juez argumentó que "... en caso de que no se otorgara dicha suspensión, se causarían al quejoso daños no de difícil, sino de imposible reparación, toda vez que la enfermedad que dice padecer, se agravaría, poniendo en riesgo su vida, siendo de explorado derecho que en caso de ponerse en peligro la vida del afectado dicha suspensión deberá otorgarse en todo acto reclamado, no sólo cuando se trate de actos de carácter positivos, como sería el actuar de una autoridad, sino de un acto de carácter negativo que tendría consecuencias directas en el quejoso, en caso de no tener debidamente las atenciones médicas que venía recibiendo el amparista, es decir, se traduciría en un peligro en la demora 'periculum in mora' ya que en caso de no actuar con la oportunidad precisa, este juicio podría quedarse sin materia, en consecuencia, se concede la suspensión solicitada a este respecto toda vez que no se atenta contra el orden público y el interés general y si por el contrario, se afectaría de un modo irreparable la salud del quejoso." Asimismo, aplicó por analogía el criterio sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: "SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS."

B) Recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos.

a) Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En el periodo comprendido entre junio de 1990 y el 16 de octubre de 2003, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha emitido cinco recomendaciones específicas relacionadas con el VIH/SIDA, y una recomendación de carácter general.

La Recomendación 06/99 se refiere al contagio transfusional de VIH de que fue objeto una menor en un Hospital de Zona del Instituto Mexicano del Seguro Social, y por tanto, no está vinculada con un caso de discriminación. En ella se recomienda reconocer el derecho a una indemnización económica, se señala la obligación de la institución responsable del contagio de otorgar el mejor tratamiento posible a la menor infectada, y se sugiere practicar los controles legales establecidos en la Norma Oficial Mexicana en materia de transfusiones sanguíneas.

En la Recomendación 26/2000 se reconoce que los pacientes con VIH/SIDA forman parte de un grupo vulnerable, que sufre por parte de los profesionales de la salud “actitudes discriminatorias e inhumanas respecto del trato y atención que brindan a las personas infectadas con el virus de la inmunodeficiencia humana, ya que no basta con tener amplios conocimientos médicos y amplia bibliografía sobre el tema, sino que es necesario también mantener conductas éticas, responsables, solidarias, humanas y calidad, ajenas a cualquier tipo de discriminación”.

En la recomendación 04/2002 se establece que el quejoso fue “objeto de discriminación por parte del personal médico de un Hospital General de Zona del IMSS en razón de que al ser portador del virus de la inmunodeficiencia humana se le negó atención oportuna y profesional a las lesiones que sufrió al momento de ser atropellado ... ocasionando que no fuera protegida su salud ni su integridad física, lo cual se traduce en trato diferenciado, por tratarse de una persona portadora del VIH, distinción que resulta injustificada y arbitraria, y que además atentó contra su dignidad, ya que le privó del derecho a recibir atención médica oportuna, adecuada, de calidad y con calidez en razón de un padecimiento, con lo cual se vulneró el principio de igualdad de todas las personas ante la ley”, agregando “que se transgredió el derecho de igualdad reconocido en el artículo 1º. de la Constitución Política ..., así como el derecho a recibir una adecuada atención médica, toda vez que es portador del VIH, siendo discriminado sin otorgársele la atención médica que requería”.

La Recomendación 40/2003, dirigida al Secretario de Educación Pública del estado de Nuevo León señala de manera expresa que esa autoridad “incurrió en actos violatorios a los Derechos Humanos del recurrente, específicamente el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación por motivos de salud, que establece el artículo 1º. de la Constitución Política ... al haber sido objeto de discriminación por ser portador del VIH ”. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos concluye que el cambio de adscripción del agraviado no fue como consecuencia de la necesidad de la dependencia, sino del estado de salud del agraviado, por lo que se violó el principio de igualdad garantizado en la Constitución, enfatizando que al actuar el encargado de la Dirección de Relaciones Laborales respondió a razones discriminatorias por el estado de salud del profesor en oposición a una actitud de comprensión y aceptación necesarios para salvaguardar la dignidad humana de las personas que padecen VIH, difundiendo de manera indebida el padecimiento del agraviado. Llama la atención la justificación que acompaña el Secretario de Educación estatal en su

comunicación de no aceptación de la recomendación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, al afirmar que: “el servidor público señalado como responsable actuó adecuadamente al optar por realizar solamente un cambio de adscripción del trabajador a fin de no afectarlo con la suspensión de su nombramiento, como legalmente procede”. El mismo documento da información que permite suponer válidamente que este caso es frecuente, al afirmar que: “... la Secretaría de Educación del estado de Nuevo León ha optado, en éste y en todos los casos similares a separar a los docentes de su trabajo frente a un grupo, mandándolos a cubrir su horario en áreas administrativas ...”

Especial relevancia tiene la Recomendación General 3/2001 sobre mujeres internas en centros de reclusión en la República Mexicana ya que patentiza la violación sistemática al derecho de no discriminación por género, condición social y condiciones de salud de las reclusas, agravada por la promiscuidad y el comercio sexual existente en algunos centros, y la falta de orientación acerca de las conductas de riesgo para adquirir la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana y otras infecciones de transmisión sexual, enfatizándoles que ellas pueden transmitirla a sus hijos durante el embarazo, el parto y la lactancia. En ella se documenta que a las mujeres reclusas se les realizan pruebas de detección sin su consentimiento informado y que una vez confirmado el diagnóstico, no se respeta la confidencialidad de la información, son aisladas en forma discriminatoria, no se les realizan los exámenes de laboratorio requeridos, ni se les suministran antirretrovirales, lo que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos afirma se debe a la falta de capacitación de los médicos adscritos a los centros de reclusión, siendo evidente que las mujeres con VIH/SIDA internas en los centros de reclusión son víctimas de una discriminación agravada en relación con la población general.

La Recomendación 04/2003 desahoga treinta y cinco quejas, de las cuales el 30% fueron promovidas por pacientes con VIH/SIDA, y se ocupa de un problema sensible para este grupo vulnerable, el deficiente abasto y surtimiento de recetas en los almacenes y farmacias del Instituto Mexicano del Seguro Social, lo que trae como consecuencia la suspensión y la falta de apego al tratamiento con riesgo de resistencia del organismo en la implementación de nuevos tratamientos, tal como lo reconoce la Comisión Nacional de los Derechos Humanos al recomendar al Instituto Mexicano del Seguro Social que “... las áreas correspondientes hagan una evaluación de los efectos que en los tratamientos de enfermedades crónicas y o incurables haya tenido el suministro deficiente, irregular o nulo de los

medicamentos prescritos, a fin de que se implementen las mediadas clínicas que procedan para restaurar, en lo posible, los tratamientos que por esa razón fueron suspendidos o mal continuados.”

Destaca la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el hecho de que el Instituto Mexicano del Seguro Social reconozca la existencia de un desabasto, pero no proponga ningún programa o medida de acción inmediata para resolver el problema, no obstante que la mayoría de los casos se refieren a enfermedades crónicas, que exigen para su control epidemiológico de un estricto apego del paciente a lo prescrito, como es el caso de quienes son portadores del VIH o enfermos de sida, lo cual pone en riesgo no sólo la salud, sino la vida misma del paciente. Lo anterior implica no sólo una violación al derecho a la protección de la salud, a la seguridad social y a las prestaciones laborales de que son titulares, sino también un trato discriminatorio por condiciones de salud, sociales y económicas de los derechohabientes, ya que como resultado de una irregularidad administrativa, se les limita el ejercicio del derecho de igualdad real de oportunidades, si tomamos en cuenta lo que el propio Instituto Mexicano del Seguro Social afirma en el documento denominado “Recomendaciones y experiencia institucional para la atención integral del paciente con VIH-SIDA” y que retoma la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que “... una de las principales causas por las que los tratamientos retrovirales fracasan la constituye la falta de apego al régimen prescrito; si tomamos en cuenta que la meta del tratamiento antirretroviral es prolongar la vida, evitar el progreso de la enfermedad y mantener o mejorar la calidad de vida, y que, en padecimientos como el sida, el apego estricto al tratamiento es condición ineludible para lograr esa meta ...”

Particular gravedad reviste la posición asumida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que ante las ilegales bajas decretadas en contra de militares seropositivos, al amparo de la fracción 117 de la primera categoría de inutilidad, de las tablas anexas a la anterior Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas, avaló dichas prácticas discriminatorias, al considerar que “... cuando se reporta que un militar vive con VIH, en ese momento queda inhábil para el servicio y entonces lo dan de baja ... eso lo prevé la normatividad del Ejército ... y nosotros no podemos intervenir en su normatividad”.⁽¹⁰⁾

⁽¹⁰⁾ Declaración del Primer Visitador General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos hecha a Antonio Medina, “Militares y VIH. Prácticas de riesgo, gajes del oficio”, en el Suplemento Letra S del periódico “La Jornada”, número 80, 6 de marzo de 2003, p. 6.

B) Comisiones Locales de Derechos Humanos.

En la revisión de la información disponible de las Comisiones de Derechos Humanos del Distrito Federal (1998-2002) y de los Estados de México (1996, 1998 a 2000 y 2002) y Yucatán (2001-2003), no se encontró ninguna recomendación relacionada con el VIH/SIDA, o con discriminación en general, lo que permite suponer que en las entidades federativas esta problemática permanece invisible, o en su defecto, que no existe un claro compromiso de dichas instancias en la defensa de las personas afectadas por el VIH/SIDA.

VI. ACTITUDES ANTE LA DISCRIMINACION POR VIH/SIDA.

Anteriormente hemos sostenido que “la problemática planteada por el sida en relación con el respeto de los derechos humanos de las personas afectadas por esta enfermedad ... ha producido diversos paradigmas relativos a la naturaleza del derecho a la protección de la salud. Si el sida no hubiera surgido probablemente la discusión en México, sobre si este derecho tiene la naturaleza de un auténtico derecho no se habría dado o se habría postergado, al igual que la exigibilidad del acceso efectivo a los medicamentos. Es incuestionable que el tema de los derechos humanos en rubros como no discriminación, confidencialidad de la información, tolerancia a la preferencia sexual, acceso a los servicios de salud y medicamentos, ha sido una contribución de quienes están afectados por el sida.”⁽¹¹⁾

Sin embargo, destaca el hecho de que las ONGs en materia de derechos humanos de personas con VIH, por razones obvias han enfocado su trabajo básicamente al aspecto del derecho a la protección de la salud, bajo la modalidad del acceso a los medicamentos, soslayando la defensa de otro tipo de derechos fundamentales que frecuentemente son violados.⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ Morales, Pedro. “Las personas con VIH-SIDA y su derecho a medicamentos”, 29-30.

⁽¹²⁾ Ronald Bayer señala que en los Estados Unidos durante la etapa inicial de la epidemia, “cuando podía hacerse poco por los infectados con el VIH, los puntos centrales del debate sobre las medidas públicas se centraron en preguntas sobre la intimidad, la confidencialidad y el papel de la intervención coercitiva del Estado”, en tanto que ahora “ ... que las esperanzas de intervención terapéutica han aumentado, el debate se centra cada vez más sobre el tema de la equidad” [por cuanto hace a asegurar el acceso a las terapias]. Bayer, Ronald. “Sida, salud pública y libertades civiles: consenso y conflicto en torno a las medidas sanitarias”, traducción de Francisco Javier Serrano Franco, en ‘Sida, aproximaciones éticas’, Mark Platts (compilador), Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, D.F., 1996, p. 61.

Siendo loable la labor que han realizado las ONG's y los activistas, consideramos que carecen de las "habilidades" suficientes para realizar una documentación de casos de violación de derechos fundamentales, y para la promoción y defensa integral de los derechos humanos, que satisfagan criterios metodológicos adecuados, por lo que debe emprenderse una labor de fortalecimiento de los conocimientos y habilidades de las ONGs para la promoción y defensa de los derechos humanos de las personas con VIH/SIDA, de modo tal que puedan trascender el derecho al acceso a medicamentos, y tomen conciencia que el respeto a los derechos humanos necesariamente debe ser de carácter integral. Es conveniente organizar talleres de capacitación teórica sobre el marco de los derechos humanos, y de fortalecimiento de habilidades, tales como la documentación de casos de violaciones, con la finalidad de crear un sistema que permita combatir tales actos, mediante su documentación, realización de actividades de cabildeo y, en su caso, la impugnación de tales actos discriminatorios en vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Asimismo, se estima necesario la elaboración de diversos materiales de apoyo, entre los que se encuentran: a) un manual de casos legales exitosos relacionados con el VIH/SIDA, ello con la finalidad de involucrar en la defensa de las personas discriminadas a los abogados; b) un manual para la promoción y defensa de los derechos fundamentales de las personas con VIH/SIDA, con información dirigida a los juzgadores y a los legisladores; c) cartillas de derechos y folletos con información sobre las instancias de defensa a que deben acudir las personas afectadas, que preponderantemente deben ser distribuidos de manera focalizada, en los grupos poblacionales que se ven mayormente perjudicados por las prácticas discriminatorias; y, d) el establecimiento de procedimientos y mecanismos para el apoyo legal a las personas discriminadas.

Asimismo, se debe difundir información en los medios masivos de comunicación, que promueva la diferenciación entre los diversos estadios del padecimiento, ya que la experiencia demuestra que un número importante de actos discriminatorios tiene su origen en la equiparación que usualmente se hace entre las personas seropositivas y enfermos en fase terminal, lo que inclusive llega a generar una discriminación que tiene un sustrato "proteccionista" de las personas afectadas. Esto es, se debe elaborar y difundir información sobre las implicaciones que para el estado de salud y para el desempeño de un trabajo remunerado produce el estar infectado con VIH.

VII. CONCLUSIONES.

1.- Entre otras razones, por lo reciente de la incorporación del derecho a la no discriminación al texto constitucional, en México se carece de una práctica sistemática de combate a la discriminación, tanto en la vía jurisdiccional como en las vías no jurisdiccionales.

2.- El principal agente responsable de la discriminación es el Estado, a través de diversas dependencias y entidades. Al mismo tiempo, existe una pasividad gubernamental ante los actos discriminatorios.

3.- La modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 2000, se ha tornado insuficiente para regular la realización de pruebas de detección del VIH, dado que no su realización actividades de control ni es sancionado su incumplimiento.

4.- Existe la creciente tendencia de exigir la prueba de detección del VIH como requisito para la contratación y de usarla como causa de terminación de la relación laboral, frecuentemente sin contar con el consentimiento informado de las personas a quienes se realiza.

5.- La aprobación de la nueva Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, por cuanto hace al establecimiento de las causales de baja por la seropositividad al VIH, constituye la “legalización” de las prácticas discriminatorias en contra de los militares seropositivos.

6.- Al validar las bajas de los militares seropositivos, con base en la anterior Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (que no establecía que el estar infectado con VIH fuese causa de baja), la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha avalado las prácticas discriminatorias en contra de los militares seropositivos.

7.- Existe una actitud favorable de los juzgadores hacia las personas con VIH. Sin embargo, es insuficiente dado que en ocasiones los perjuicios sobre el

padecimiento genera una actitud que pretendiendo ser proteccionista, en realidad es discriminatoria.

8.- Las ONG's y los activistas han focalizado su actividad en la defensa del derecho a la protección a la salud, desde una óptica reduccionista, que generalmente se limita al acceso a medicamentos, descuidando la violación de otros derechos fundamentales.

9.- Las ONG's carecen de las "habilidades" suficientes para realizar una documentación de casos de violación de derechos fundamentales, y para la promoción y defensa integral de los derechos humanos, que satisfagan criterios metodológicos satisfactorios.

10.- Tratándose de la legislación de seguridad social, es frecuente la discriminación normativa, dado que existen grandes diferencias en cuanto a los requisitos para obtener una pensión por incapacidad total permanente.

11.- La discriminación imperante no sólo tiene un carácter jurídico, sino también cultural, determinado entre otros aspectos, por la generalizada y errónea equiparación de las personas infectadas con personas que están a punto de morir o que pueden transmitir fácilmente la infección, con la sola convivencia.

12.- En efecto, dada la falta de información, frecuentemente no se diferencian los diversos estadios de la infección por VIH/SIDA.

13.- Como regla general, la legislación no les atribuye a las parejas no heterosexuales efectos jurídicos (reconocimiento de derechos o protección), excepción hecha de la legislación penal del Distrito Federal, que les otorga una protección similar a la de las parejas heterosexuales.

VIII. RECOMENDACIONES.

A) Legislativas.

- 1) Promover la derogación de las normas discriminatorias de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que prevén la seropositividad al VIH como causa de baja.
- 2) Promover la reforma de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, con la finalidad de que expresamente se establezca que la prueba de detección del VIH únicamente podrá tener fines de diagnóstico médico, que sólo se realizará previa consejería y otorgamiento del consentimiento informado, que será respetada la confidencialidad y que la baja sólo procederá ante un estado de salud determinado, que imposibilite la prestación de los servicios.
- 4) Promover la reforma de las leyes en materia laboral, prohibiendo la realización de pruebas de detección del VIH como requisito previo a la contratación, salvo en los casos en que razonablemente sea necesaria, y prohibiendo la realización con fines diversos al diagnóstico médico, cuando ya exista una relación laboral.
- 3) Promover la adopción de legislación que otorgue a las parejas no heterosexuales una protección similar a la que reciben las parejas heterosexuales, en aspectos de alimentos, derechos sucesorios, causahabencia en el arrendamiento y por cuanto hace a los beneficios de la seguridad social.
- 5) Difundir las disposiciones del Código Penal del Distrito Federal que protegen a las parejas permanentes, y propiciar su adopción por los restantes Códigos Penales del país.

B) Políticas públicas.

- 1) Promover el acatamiento de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 2000, y en su caso, la imposición de sanciones ante su incumplimiento.
- 2) Garantizar que el acceso a medicamentos sea igual a nivel nacional, y que no existan diferenciaciones de trato por cuanto hace a la entidad federativa en donde vivan las personas con VIH.

- 3) Establecer procedimientos y mecanismos para el apoyo legal a las personas discriminadas, focalizándolos en los grupos poblacionales en donde han sido más frecuentes las violaciones a sus derechos fundamentales.
- 4) El CONASIDA y el CENSIDA deben concertar convenios con entidades públicas para combatir la discriminación, tanto con aquellas que están realizando actos discriminatorios como con las que tienen por función la defensa de los derechos fundamentales.
- 5) Realizar campañas publicitarias en los medios masivos de comunicación, que incidan en la diferenciación entre los diversos estados del padecimiento.

C) Capacitación.

- 1) Dotar a las ONG's de "habilidades" para la documentación de casos de violación de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el VIH/SIDA.
- 2) Preparar a activistas para el desempeño de funciones de promoción, defensa y cabildeo.
- 3) Elaborar material que difunda las experiencias exitosas en la defensa de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el VIH/SIDA, con la finalidad de involucrar a los abogados en la defensa de las personas discriminadas.
- 4) Elaborar un manual para la promoción y defensa de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el VIH/SIDA.
- 5) Establecer una línea telefónica de apoyo legal, que pueda orientar a las personas a quienes se hayan violado sus derechos fundamentales.

D) Indicadores.

Para medir la incidencia de los actos discriminatorios se debe realizar la documentación retrospectiva de estos actos en contra de las personas afectadas por el VIH/SIDA y aplicar encuestas focalizadas en los grupos con mayor incidencia de actos discriminatorios.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Bayer, Ronald. "Sida, salud pública y libertades civiles: consenso y conflicto en torno a las medidas sanitarias", traducción de Francisco Javier Serrano Franco, en 'Sida, aproximaciones éticas', Mark Platts (compilador), Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, D.F., 1996, pp. 35-65.
- 2.- Declaración de compromiso de la Organización de las Naciones Unidas en la lucha contra el VIH/SIDA, aprobada por la Asamblea General el 27 de junio de 2001.
- 3.- Medina, Antonio, "Militares y VIH. Prácticas de riesgo, gajes del oficio", en el Suplemento Letra S del periódico "La Jornada", número 80, 6 de marzo de 2003, p. 6.
- 4.- Morales, Pedro. "La defensa del derecho a la protección a la salud ante los tribunales mexicanos", ponencia presentada en el Seminario sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en julio de 2002.
- 5.- Morales, Pedro. "Las personas con VIH-SIDA y su derecho a medicamentos", en 'Los derechos de las personas con VIH y enfermos de sida', Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, fascículo 8, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición, México, D.F., 2003, pp. 29-38.
- 6.- Patitó, José Angel y colaboradores. "EL SIDA en la medicina legal. Legislación y consideraciones éticas". Ediciones Centro Norte, primera edición, Buenos Aires, 2001.
- 7.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Tomo XI, Marzo de 2000, y Tomo XII, Septiembre de 2000.
- 8.- Tomasevski, Katarina. "El SIDA y los derechos humanos", en 'Aportes de la ética y el derecho al estudio del SIDA', Organización Panamericana de la Salud. Publicación científica número 530, primera edición, Washington, 1991, pp. 215-222.

LEGISLACION CONSULTADA.

A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B) Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.

C) Legislación Sanitaria.

a) Ley General de Salud.

b) Ley de Salud para el Distrito Federal.

c) Ley de Salud del Estado de México.

d) Ley de Salud del Estado de Yucatán.

e) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

f) Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 2000.

D) Legislación Civil.

a) Código Civil para el Distrito Federal.

b) Código Civil del Estado de México.

c) Código Civil del Estado de Yucatán.

E) Legislación Penal.

a) Código Penal para el Distrito Federal.

b) Código Penal del Estado de México.

c) Código Penal del Estado de Yucatán.

F) Legislación laboral.

a) Ley Federal del Trabajo.

b) Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

c) Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios (del Estado de México).

d) Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado y Municipios de Yucatán.

G) Seguridad Social.

a) Ley del Seguro Social.

- b) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
 - c) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vigente hasta el 7 de agosto de 2003).
 - d) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (vigente a partir del 8 de agosto de 2003).
 - e) Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios.
 - f) Ley de Seguridad Social para los Trabajadores Públicos del Estado de Yucatán, de sus Municipios y de los Organismos Públicos Coordinados y Descentralizados de carácter estatal.
 - g) Reglamento del Seguro de Salud para la Familia (previsto en el artículo 240 de la Ley del Seguro Social).
- H) Legislación en materia de seguridad pública.
- a) Ley de la Policía Federal Preventiva.
 - b) Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.
 - c) Ley de Seguridad Pública Preventiva del Estado de México.
 - d) Ley de Seguridad Pública del Estado de Yucatán.
- I) Legislación en materia de reclusorios y ejecución de sanciones.
- a) Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (de carácter federal).
 - b) Ley de Ejecución de sanciones penales para el Distrito Federal.
 - c) Ley de Ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad del Estado de México.
 - d) Ley de Ejecución de sanciones del Estado de Yucatán.
- J) Justicia cívica.
- a) Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal.
 - b) Bando Municipal de Policía y Buen Gobierno de Toluca de Lerdo (promulgado el 5 de febrero de 2002).
 - c) Reglamento de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Mérida (promulgado el 31 de mayo de 2003).

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

- 1.- Sentencia de 25 de octubre de 1999 dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 2231/97.
- 2.- Sentencia de 8 de junio de 2000 dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 494/99.
- 3.- Ejecutoria de 23 de septiembre de 2003, pronunciada en la revisión incidental 430/2003 por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 4.- Ejecutoria de 11 de agosto de 2000, dictada en la revisión administrativa 551/2000 por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 5.- Ejecutoria de 18 de septiembre de 2002, pronunciada en la queja administrativa 317/2002-X por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 6.- Ejecutoria de 2 de abril de 2003, dictada en la revisión incidental 847/2003 por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 7.- Ejecutoria de 31 de octubre de 2002, dictada en la revisión incidental 274/2002 por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 8.- Ejecutoria de 5 de agosto de 2003, pronunciada en la queja administrativa 97/2003 por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 9.- Ejecutoria de 29 de agosto de 2003, dictada en la revisión administrativa 183/2003 por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 10.- Ejecutoria de 3 de septiembre de 2003, dictada en la revisión administrativa 314/2003 por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
- 11.- Sentencia interlocutoria de 7 de febrero de 1997, pronunciada en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 37/97, por el Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.
- 12.- Sentencia interlocutoria de 21 de junio de 2002, dictada en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 338/2002, por el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.
- 13.- Auto de 26 de noviembre de 1998 dictado en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 624/98, por el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

14.- Auto de 23 de marzo de 2001, pronunciado en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 173/2001, por el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

15.- Auto de 20 de mayo de 2002, dictado en el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo 338/2002, por el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

RECOMENDACIONES DE LA COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

- 1.- Recomendación 06/99.
- 2.- Recomendación 26/2000.
- 3.- Recomendación 04/2002.
- 4.- Recomendación 04/2003.
- 5.- Recomendación 40/2003.
- 6.- Recomendación General 3/2001.