



MUJERES CON VIH Y SIDA

Autoras

Teresa Marco Chover
Lorena Mercader Jiménez
Beatriz Santaemilia del Hoyo

Tutoras

Ruth Mestre i Mestre
Pilar Fernández Artiach

EN VALENCIA A 30 DE MARZO DE 2016

Facultat
de Dret





1

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
3. EL ÁMBITO MIGRATORIO
4. EL ÁMBITO LABORAL
5. EL ÁMBITO SANITARIO LA PROTECCIÓN DE DATOS
6. LA VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE GÉNERO
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

1

1.- INTRODUCCIÓN

El presente informe ha sido elaborado por un grupo de alumnas de la *Clínica Jurídica per la Justícia Social* de la *Universitat de València*¹, a petición de CESIDA (Coordinadora Estatal VIH y sida)². El objetivo del mismo es llevar a cabo un análisis de las múltiples situaciones de discriminación a las que se enfrentan las mujeres con el VIH y el sida en diferentes ámbitos de la sociedad. Previamente analizamos brevemente las razones por las cuales resulta necesaria la elaboración de un informe sobre la situación de las mujeres con el VIH y sida.

Hoy en día las personas con el VIH sufren de discriminación y segregación por parte de la sociedad en general. Según cifras presentadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el año 2013 el porcentaje de nuevos diagnósticos de VIH en la población masculina ascendía a un 85%, siendo las tasas correspondientes para hombres y mujeres respectivamente 12,1 y 2,1/100000³. Posiblemente este impacto dispar del VIH dificulta la visibilidad de las mujeres con el VIH, que es uno de los principales problemas para luchar contra la enfermedad. A esta invisibilidad que dificulta la elaboración de políticas públicas específicas hay que añadir el resto de discriminaciones a las que las mujeres se enfrentan en su día a día, algunas de ellas reforzadas o aumentadas cuando se cruzan con el VIH. Por ejemplo, la violencia estructural que sufren las mujeres las coloca en situación de vulnerabilidad o de mayor riesgo de transmisión en el momento que esa violencia implica una pérdida de control sobre su sexualidad o sobre las prácticas sexuales que realiza y las condiciones en que las realiza.

¹ Véase: <http://www.uv.es/clinica/clinica/inicio.html>

² Véase: <http://www.cesida.org/>

³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. "Vigilancia epidemiológica del VIH/SIDA en España". Actualización 30 de junio de 2014, pág. 6. Accesible en: http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/vigilancia/InformeVIHSida_Junio2014.pdf (19 de marzo de 2016)

1

En ese sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas Ban Ki-moon, con el objetivo de abordar la compleja relación entre la violencia y el VIH, hizo un llamamiento para una mayor colaboración: "Debemos intervenir para acabar con la violencia contra las mujeres y niñas y garantizarles los derechos de salud sexual y salud reproductiva que merecen. La violencia tiene una fuerte repercusión en la salud de las mujeres y los niños y está estrechamente relacionada con una prevalencia más alta del VIH. Por ello, he decidido que acabar con la violencia contra las mujeres y niñas sea una prioridad fundamental para las Naciones Unidas"⁴.

Cuando analizamos políticas públicas diseñadas o dirigidas a las mujeres, la primera cuestión es abordar qué concepto de mujer se sigue. Durante mucho tiempo las políticas diseñadas para mujeres, e incluso una parte fuerte del feminismo, iba dirigido a mujeres de clase media, ciudadanas, con estudios... La crítica interna realizada desde otros feminismos ha denunciado, así, el concepto unitario de mujer y ha cuestionado algunas categorías analíticas. Hablar de *la mujer* de forma unitaria implica asumir una identidad universal y transhistórica, y excluyente por cuanto las mujeres que no comparten las características o realidad (Nicolás, 2009) predefinitorias son señaladas como desviadas (Anderson, 2004). Desde este punto de vista, se critica el componente totalitario de las teorías que abogan por una esencia universal de ser mujer basada en la experiencia de unas pocas mujeres occidentales, blancas, con educación y de clase media. No obstante, si bien hay que rechazar que el concepto "mujer" denote una identidad común (Butler, 1990), y las políticas dirigidas a las mujeres se han recreado en este problema, no es menos cierto que el sistema de dominio que afecta a las mujeres, como sea que las definamos, existe. Para este informe la categoría mujer y mujeres es relacional, no esencial ni biológica, y contextual. El término *Mujer* tiene muchos significados, es históricamente cambiante, contextualmente diverso y es un mapa en el cual se cruzan

⁴ ONUSIDA, "Unidos contra la violencia y el VIH", disponible en: <http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2014/march/20140312xcsw> (21 de marzo de 2016).

1

semejanzas y diferencias (Nicholson, 2003). Por tanto, es fundamental reconocer la diversidad entre las mujeres y sus experiencias y necesidades: “lo que tenemos en común las mujeres se entrecruza con multitud de diferencias” (Mestre i Mestre, 2010).

Hoy en día, un elemento común a las mujeres es el hecho de sufrir discriminaciones: la discriminación es el denominador común de las mujeres en las sociedades contemporáneas (Lagarde, 1997). La noción más extendida de discriminación dice que consiste en un trato desfavorable injustificado que recibe una persona por razón de una característica (“categoría sospechosa” o “motivo prohibido”) en comparación con el que recibiría otra persona que no comparte ese rasgo. Sin embargo, esa definición deja fuera muchas de las situaciones e injusticias que determinados grupos sociales sufren. En ese sentido, hemos preferido analizar una de las definiciones de “discriminación” más completa, que es la contenida en la Observación general N°20 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales⁵.

El Comité DESC, órgano encargado de la interpretación, monitoreo y control del PIDESC desarrolló en la OG 20 el contenido del artículo 2.2 del Pacto que regula la prohibición de discriminación. El Comité afirma que *“por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”*.

El Comité DESC establece la necesidad de eliminar la discriminación tanto en la forma (discriminación formal) como en el fondo (discriminación sustantiva o de

⁵ Observación general N°20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009. Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11 (acceso: 24 de abril de 2016).

1

facto). Por un lado, para que desaparezca la discriminación formal, resulta necesario “*asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos*”. Sin embargo, actuando únicamente sobre el aspecto formal no sería posible alcanzar la igualdad sustantiva que define el artículo 2.2 del PIDESC. Es por ello que, para eliminar la discriminación sustantiva o de hecho, es decir, la discriminación que tiene lugar en la práctica, se debe prestar especial atención a aquellos grupos o individuos que “*sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes [...]*”, adoptándose por los Estados parte las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que general o perpetúan dicha discriminación de facto. Los Estados pueden verse obligados a adoptar medidas temporales que establezcan diferencias de carácter explícito basadas en los motivos prohibidos de discriminación que serán legítimas si suponen una “*forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto*” y dejan de ser utilizadas una vez la igualdad sustantiva haya sido alcanzada. Estas medidas son las que el Derecho antidiscriminatorio ha denominado “medidas o acciones positivas”.

La siguiente distinción que contiene el documento es la relativa a la diferencia entre discriminación directa e indirecta. La discriminación directa se refiere a aquella situación en la que una persona ha sido o pudiera ser tratada, en base a algún motivo prohibido o categoría sospechosa, de forma menos favorable con respecto a otra persona en una situación equiparable, apareciendo dicha discriminación en la norma, acto o decisión. En cambio, la discriminación indirecta hace referencia a aquellas situaciones en las que una norma, disposición o práctica, aparentemente neutral, en su aplicación o interpretación, pone a determinadas personas en desventaja respecto a otras, a menos que dicha norma, disposición o práctica tenga un motivo legítimo y sea necesaria y adecuada. Estas distinciones que complejizan el panorama discriminatorio siguen sin captar la esencia de la injusticia de la discriminación y por eso la OG20 define qué se entiende por discriminación estructural o sistémica, afirmando que existen individuos y grupos en la sociedad que siguen enfrentándose a discriminaciones como consecuencia de “*arraigados patrones*”

1

históricos y de formas contemporáneas de discriminación” y constatando que la discriminación contra algunos grupos subsiste y se encuentra arraigada al comportamiento y la organización de la sociedad. Uno de los grupos que sufre esta clase de discriminación son las mujeres. Esta discriminación sistémica “puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”.

En todas estas definiciones se toma en consideración la discriminación como un trato desfavorable injustificado, fundamentado en una sola característica o categoría. Pero puede también producirse una discriminación múltiple cuando, como afirma el Comité, un individuo o grupo sufre discriminación por más de uno de los motivos prohibidos. Las mujeres con el VIH pueden sufrir discriminación en ocasiones por ser mujer y en ocasiones por tener el VIH; y además en otras ocasiones sufren discriminación por ser mujeres con el VIH. A estas situaciones distintas nos referimos cuando hablamos de “discriminación”, “discriminación múltiple” y de “discriminación interseccional”, respectivamente. La discriminación interseccional se produce cuando, en el origen de la discriminación en cuestión, encontramos la coincidencia de dos o más circunstancias o categorías sospechosas.

Así pues, partiendo de una definición relacional y contextualizada de mujeres y de la discriminación como eje vertebrador de esta misma definición, el análisis que presentamos centra la atención sobre determinadas áreas o ámbitos en los que más frecuentemente se producen discriminaciones hacia mujeres con el VIH y sida. La perspectiva de género aporta instrumentos interesantes para abordar la cuestión de la discriminación que sufren las mujeres que tienen el VIH, y para analizar la normativa pertinente. En este sentido, y brevemente, debe quedar claro que la estructura en ámbitos que hemos desarrollado viene, en cierto modo, exigida por las carencias de toda la legislación en la materia. En cualquier caso, el análisis de la normativa a nivel supranacional y a nivel interno demuestra que el derecho es insuficiente. Es decir, esta revisión permite ver hasta qué punto las mujeres son invisibles en las políticas públicas sobre el VIH

1

y viceversa, es decir, hasta qué punto el VIH es invisible en las políticas públicas frente a las discriminaciones por razón de sexo, incluida la violencia.

En efecto, la normativa relativa a la discriminación no incorpora a las mujeres con el VIH ni establece medidas o criterios de prevención, al igual que las políticas públicas existentes de prevención y tratamiento del VIH tampoco incorporan una perspectiva de género. Pensamos que en el futuro sería importante abordar estas cuestiones puesto que este informe se limita a elaborar una especie de “diagnóstico” de las carencias, sin abordar las posibles respuestas.

1

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La igualdad es considerada uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. En no pocos instrumentos Internacionales de protección de los derechos fundamentales se afirma como eje fundamental de protección la igualdad en derechos, es decir, en el reconocimiento, disfrute y garantía de los derechos fundamentales para todas las personas. Como correlativo de esta idea de igualdad surge la prohibición de discriminación, es decir, la prohibición de recibir un tratamiento jurídico diferenciado injustificadamente por pertenecer a algún colectivo en situación de desventaja.

Así, la “discriminación” supone un trato desfavorable injustificado que recibe una persona por razón de una característica (“categoría sospechosa”) en comparación al que recibiría otra persona que no comparte ese rasgo. El derecho antidiscriminatorio pretende producir una transformación social profunda que garantice una igualdad real y efectiva entre los grupos. Es decir, la idea de discriminación incorpora necesariamente el problema de las relaciones de poder entre grupos. En ese sentido, ni cualquier persona ni cualquier grupo de personas que reciba un trato diferenciado puede legítimamente decir que ha sido discriminado. Sin embargo, la recepción de los discursos, conceptos e instrumentos realizada por la cultura jurídica ha disminuido drásticamente el potencial inicial del derecho antidiscriminatorio como instrumento para atacar el problema de la subordinación.

Veamos, no obstante, cómo funciona la prohibición de discriminación en la protección de derechos y en qué medida puede ser útil para comprender la situación de discriminación que sufren las mujeres con el VIH.

2.1. SISTEMA UNIVERSAL.

El Sistema Universal de los Derechos Humanos surge en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), integrada en la actualidad por 193

1

Estados Miembros. Este sistema está compuesto por un conjunto de instrumentos jurídicos y mecanismos orientados a la protección de los derechos de toda persona (Bregaglio 2013). El instrumento de mayor relevancia sobre el cual se diseña todo este sistema es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que constituyó el punto de partida para el desarrollo de todo un conjunto de pactos y convenciones, tanto de carácter general como relativos a aspectos más específicos, de protección de los derechos humanos. A su vez, se constituyeron una serie de organismos de control del cumplimiento de dichos pactos y convenciones por parte de los estados que los ratificaran. Como resultado de las acciones llevadas a cabo por la Organización de las Naciones Unidas en la identificación y definición de los derechos humanos se ha creado una verdadera Carta Internacional de Derechos Humanos que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos protocolos facultativos.

Dentro de este sistema universal es posible encontrar un elevado número de instrumentos jurídicos. En este informe se van a tratar los dos instrumentos que resultan de mayor relevancia para la cuestión que se está abordando: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual trabaja no solo la discriminación sino también el derecho a la salud. A continuación, se examinarán la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), instrumento base a partir del cual se estructuran todos los sistemas de reconocimiento de igualdad y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW).

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En 1966 se firman dos pactos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP). El PIDESC, en vigor desde 1976, es el principal marco jurídico internacional para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos en el campo económico, social y cultural, y cuenta con su propio órgano de monitoreo y

1

control del cumplimiento del pacto: el Comité DESC.

En el preámbulo del PIDESC se hace referencia a los "*derechos iguales e inalienables*" de todas las personas y se reconoce expresamente el derecho de "*todas las personas*" al ejercicio de los distintos derechos previstos a lo largo de su articulado. Esta afirmación general de la igualdad de todos en el disfrute de los derechos contenidos en el pacto se completa con la prohibición de discriminación contenida en el art. 2.2 que compromete a los *Estados* parte a garantizar los derechos "*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*".

El Comité DESC realiza una labor de interpretación clave en relación al Pacto y emite Observaciones Generales en las que se explican los estándares, contenido y ámbito de aplicación de los derechos y las obligaciones estatales respecto de los derechos garantizados por el pacto. El contenido del art. 2.2. se encuentra desarrollado por la Observación General N° 20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

La Observación general N° 20 contiene una de las definiciones del término discriminación más completa que hay: "*por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto*".

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En 1966 se firman dos pactos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP). El PIDESC, en vigor desde 1976, es el principal marco jurídico internacional para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos en el campo económico, social y cultural, y cuenta con su propio órgano de

monitoreo y control del cumplimiento del pacto: el Comité DESC.

En el preámbulo del PIDESC se hace referencia a los "*derechos iguales e inalienables*" de todas las personas y se reconoce expresamente el derecho de "*todas las personas*" al ejercicio de los distintos derechos previstos a lo largo de su articulado. Esta afirmación general de la igualdad de todos en el disfrute de los derechos contenidos en el pacto se completa con la prohibición de discriminación contenida en el art. 2.2 que compromete a los *Estados* parte a garantizar los derechos "*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*".

El Comité DESC realiza una labor de interpretación clave en relación al Pacto y emite Observaciones Generales en las que se explican los estándares, contenido y ámbito de aplicación de los derechos y las obligaciones estatales respecto de los derechos garantizados por el pacto. El contenido del art. 2.2. se encuentra desarrollado por la Observación General N^o 20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

La Observación general N^o 20 contiene una de las definiciones del término discriminación más completa que hay: "*por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto*". Incluye el acoso y la incitación a discriminar y señala que en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad figuran definiciones similares. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su Observación general N^o 18 (párrs. 6 y 7) y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

1

Para que los Estados parte en el PIDESC puedan garantizar sin discriminación el ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité DESC establece la necesidad de eliminar tal discriminación tanto en la forma (discriminación formal) como en el fondo (discriminación sustantiva o de facto). Por un lado, para que tenga lugar la eliminación de la discriminación formal, resulta necesario “asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos”. Pero, tal como afirma el Comité, actuando únicamente sobre el aspecto formal no sería posible alcanzar la igualdad sustantiva que define el artículo 2.2 del PIDESC. Es por ello que, para eliminar la discriminación sustantiva o de hecho, es decir, la discriminación que tiene lugar en la práctica, se debe prestar especial atención a aquellos grupos o individuos que “sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes [...]”, adoptándose por los Estados parte las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que general o perpetúan dicha discriminación de facto. Para ello, los Estados pueden verse obligados a adoptar medidas temporales que establezcan diferencias de carácter explícito basadas en los motivos prohibidos de discriminación; las cuales serán legítimas si suponen una “forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto” y dejan de ser utilizadas una vez la igualdad sustantiva haya sido alcanzada.

La siguiente distinción a tener en cuenta es la diferencia entre la discriminación directa e indirecta. La discriminación directa se refiere a aquella situación en la que una persona haya sido o pudiera ser tratada, en base a algún motivo prohibido o categoría sospechosa, de forma menos favorable con respecto a otra persona en una situación equiparable, apareciendo dicha discriminación en la norma. En cambio, la discriminación indirecta hace referencia a aquellas situaciones en las que una norma, disposición o práctica, aparentemente neutral, en su aplicación o interpretación, pone a determinadas personas en desventaja respecto a otras, a menos que dicha norma, disposición o práctica tenga un motivo legítimo y sea necesaria y adecuada.

1

Por otro lado, en esta Observación General se incorpora también una definición del concepto de “*discriminación estructural o sistémica*”. El Comité afirma que hay individuos y grupos que siguen enfrentándose a discriminaciones como consecuencia de “*arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación*”, constatando que la discriminación contra algunos grupos subsiste, se encuentra arraigada al comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta. Esta discriminación sistémica “*puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros*”. Como “*categoría sospechosa*” o “*motivos prohibidos*” de discriminación la Observación General Nº 20 enumera “*la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social*”. La inclusión de “*cualquier otra condición social*”, indica que no se trata de una lista *numerus clausus* sino que pueden introducirse otros motivos en esta categoría. Esta interpretación es realizada por el propio Comité en la Observación, al indicar que “*dicha lista no es exhaustiva y pueden incluirse otros motivos en esta categoría*”. Además, también afirma que esta cláusula exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de discriminación que tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2, pues “*el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo*”.

Uno de los motivos que podría entenderse incluido en dicha cláusula sería el estado de salud. Con respecto a éste, se afirma que en numerosas ocasiones, los Estados, basándose en la protección de la salud pública, justifican restricciones de los derechos humanos relacionados con el estado de salud que en gran parte de los casos resultan discriminatorias. En esta línea, se reconoce que el trato diferenciado a personas con VIH con respecto a la educación, el empleo, la atención sanitaria, los viajes, la seguridad social, la vivienda o el asilo, constituye discriminación.

1

c) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por Naciones Unidas en 1979, en vigor desde 1981 y ratificada por España en 1984, es un instrumento jurídico internacional que surgió como culminación de más de 30 años de trabajo y que es considerada como la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres⁶. Se trata del principal tratado internacional de derechos para las mujeres de carácter vinculante.

La Convención reconoce derechos de las mujeres, el principio de igualdad de mujeres y hombres, la prohibición de discriminación y una definición de las acciones afirmativas. En ese sentido, no sólo reconoce derechos sino que establece una relación de medidas que deben adoptar los *Estados* para garantizar el disfrute de tales derechos, reuniendo principios internacionalmente aceptados sobre los derechos de la mujer (Binstock 1998). En su preámbulo se reconoce de forma explícita que, a pesar de la existencia de instrumentos normativos a nivel internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos o los distintos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”. Tales discriminaciones contra la mujer “violán los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”, lo cual dificulta la participación de la mujer en la vida política, social, económica y cultural.

La Convención CEDAW es, por tanto, un instrumento jurídico internacional que surgió para dar respuesta a las necesidades y problemas de discriminación que enfrentan las mujeres y contiene las medidas que deben tomar los Estados para lograr una igualdad de derechos de las mujeres no

⁶ Msssi.gob.es. (2016). *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*, disponible en: http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/cedaw_2.htm (acceso: 21 Marzo 2016).

solo formal, sino también de facto (sustantiva) (Chamberlain 2004). En ese sentido, la CEDAW no sólo recoge la prohibición de discriminación como obligación negativa de los Estados sino también el principio de igualdad como obligación positiva para los Estados, es decir, recoge la obligación de los Estados de promover la igualdad y tomar las medidas necesarias al respecto.

La Convención CEDAW se encuentra monitoreada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Su objetivo principal, como establece el artículo 17 de la CEDAW, es el examen de los progresos realizados por los Estados parte, en base a los informes iniciales y periódicos (cada cuatro años) presentados por éstos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otro tipo adoptadas para cumplir con la Convención. El Comité debe, además, preparar informes sobre los factores y dificultades que afectan al cumplimiento de las obligaciones y redacta Recomendaciones Generales que se basan en temas o artículos específicos de la Convención.

En su Recomendación General N° 15 (1990), el Comité trató la necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). En ella, se recomendaba a los Estados Parte de la Convención que intensificaran las medidas de difusión de información para que existiera un conocimiento del riesgo de infección por el VIH y sus efectos, sobre todo para mujeres y niños; que los programas adoptados por los Estados prestaran una especial atención a los derechos y necesidades de las mujeres; así como que en los informes que prepararan en cumplimiento del artículo 12 de la Convención, incluyeran información acerca de las medidas adoptadas para impedir la discriminación de las mujeres con el VIH o con sida. Posteriormente, en su Recomendación General N°24 (1999), que versaba sobre el artículo 12 de la Convención, el Comité remite a la anterior Recomendación (N°15) al hacer referencia al VIH y el sida.

Con respecto a los informes de España, el Comité, el 29 de Julio de 2015, lleva a cabo las Observaciones finales sobre los últimos informes periódicos (informes séptimo y octavo) presentados por España. En ellas, se consideran de forma positiva los esfuerzos y progresos realizados por el Estado Español desde el examen de su último informe (2009). El Comité acoge con satisfacción los esfuerzos realizados por mejorar el marco institucional y normativo con respecto a la eliminación de la discriminación contra la mujer y la promoción de la igualdad entre los géneros, con la aprobación de diversos instrumentos normativos, entre los que se encuentran la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016); el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2014-2016) y el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información (2014-2017). Además, se valora también de forma positiva la adhesión por parte de España a instrumentos internacionales como el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica en 2014.

El artículo 1 de la CEDAW contiene la definición de “*discriminación contra la mujer*” como “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Al igual que la definición del PIDESC, la CEDAW habla de objeto o resultado, es decir, incorpora la noción de discriminación indirecta en la definición básica de la discriminación. A continuación, en el artículo 2 los Estados se comprometen a llevar a cabo políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer, recogiendo diversas líneas de actuación a adoptar, entre las que se encuentra la consagración en la Constitución y legislación de los *Estados*, del principio de igualdad del hombre y la mujer, asegurando por ley u otros medios su realización práctica y adoptando las medidas legislativas adecuadas, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. Se prevé, además, la adopción

1

de las medidas necesarias para modificar o derogar aquellas normas, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

El artículo 3 exige a los Estados la adopción de medidas en todas las esferas y ámbitos y, especialmente en las esferas política, social, económica y cultural, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer, *“con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”*.

La Convención señala la necesidad de modificar los patrones sociales de conducta con el fin de eliminar prejuicios y prácticas basados en la idea de la inferioridad de la mujer, o en estereotipos con respecto a las funciones o roles de hombres y mujeres (artículo 5). Por otro lado, urge a que los Estados tomen las medidas necesarias para eliminar la discriminación en diferentes ámbitos: político (artículos 7 y 8), educativo (artículo 10), laboral (artículo 11), sanitario (artículo 12), matrimonio y relaciones familiares (artículo 16) y otras esferas de la vida económica y social (artículos 13 y 14).

Finalmente, cabe mencionar la previsión de la adopción de *“medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”* recogida en el artículo 4. Con respecto a ella, se establece de forma expresa que la adopción de tales medidas no será considerada discriminación en la forma en que ésta se define en la Convención, y que, en tanto que medidas diseñadas con un fin específico, serán temporales y cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad real de oportunidad y trato entre hombres y mujeres.

d) Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW)

Una de las cuestiones que afecta directamente al estatuto de igualdad y ciudadanía de las mujeres y que no fue tratada en la CEDAW es la violencia sistémica que sufren. Incomprensiblemente no se incluyó la violencia contra las mujeres como una manifestación de la discriminación contra la que la CEDAW proporcionaba herramientas de obligado cumplimiento. Años más

1

tarde, en 1993, se firmó en el seno de UN la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW), el primer instrumento de protección de los derechos humanos que aborda de forma exclusiva y explícita la violencia contra la mujer. Es en este documento cuando por primera vez la violencia de género es considerada una violación de los derechos humanos (Comins 2008), es decir, gracias a la DEVAW la violencia ejercida contra las mujeres deja de ser considerada como un asunto del ámbito privado, pasando a entenderse como una vulneración de derechos humanos. Este reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos fue un paso esencial para encuadrar los derechos de las mujeres dentro del sistema internacional de derechos humanos (Comins 2009).

En su preámbulo se indica que el como objetivo general de la DEVAW es reforzar y complementar el proceso ya iniciado con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979. Sin embargo, se distingue de la CEDAW en el énfasis sobre la violencia contra la mujer como violación de los derechos humanos y como el principal impedimento para el total disfrute y ejercicio por ésta de sus derechos humanos. Por tanto, además de este objetivo general, la DEVAW tiene como objetivo específico la eliminación de la violencia contra la mujer.

La DEVAW define la “violencia contra la mujer” (artículo 1) como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”. Este reconocimiento de la violencia contra la mujer en los ámbitos tanto público como privado debe ser destacado, pues era una de las carencias del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A continuación, se realiza una mención de los ámbitos en los que tiene lugar tal violencia (ámbito familiar, en la comunidad en general y violencia perpetrada o tolerada por el Estado) (artículo 2) y se nombran los

1

tipos de violencia (física, sexual, psicológica, estructural y cultural). En los siguientes preceptos se contienen las distintas medidas que deben llevar a cabo los Estados para alcanzar la eliminación de la violencia contra la mujer. Como veremos, tanto el Convenio de Estambul (Consejo de Europa) como la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género se inspiran en este documento inicial.

2.2. SISTEMA REGIONAL EUROPEO

Trataremos ahora de focalizar nuestra atención sobre el ámbito regional europeo. Nuestro objetivo es analizar los principales instrumentos jurídicos de protección aplicables y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación que pueden ser útiles para entender la discriminación que sufren las mujeres con EL VIH.

a) Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o simplemente Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tiene como objeto la protección de los Derechos Humanos en los Estados del Consejo de Europa. El Convenio ha transformado en obligaciones convencionales muchos de los principios proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada dos años antes por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Sin embargo, a diferencia de la DUDH, el CEDH no contiene una cláusula de igualdad sino únicamente una prohibición de discriminación en su art. 14 que señala que *“el goce de los derechos libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*. Debemos tener en cuenta que opera como un derecho no autónomo, es decir que nos protege frente a la

discriminación en el goce de alguno de los derechos del Convenio. Para la cuestión que nos ocupa, por un lado, el art. Recoge la prohibición de discriminación por razón de sexo y por otra, podemos entender que protege a las personas con VIH bajo la fórmula abierta de *“cualquier otra situación”*, refiriéndose al estado de salud de una persona. Así lo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kiyutin c. Rusia (2011).

La prohibición de discriminación se amplió, más allá de los derechos del CEDH, con la firma del Protocolo Adicional número 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 2000. Lo verdaderamente destacable es el alcance de la protección adicional que ofrece, que se refiere a los casos en los que una persona es objeto de discriminación *“en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional; en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera; por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones) y debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta)”*. Esto significa que cualquier derecho reconocido por el derecho interno ha de ser garantizado a todas las personas sin discriminación alguna y la discriminación abarca las acciones y omisiones de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

b) Carta Social Europea

El segundo instrumento de protección de los derechos elaborado en el seno del Consejo de Europa es la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996. Dicha convención internacional, también llamada Carta de Turín, por el lugar donde se firmó, se centra en cuestiones de carácter socio – laboral. Así, los Estados firmantes se comprometen a garantizar en sus países los derechos sociales concretados y desarrollados *“con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social”*, como dice la propia Carta en su Preámbulo.

La Carta Social Europea contiene un total de diecinueve derechos sociales relativos esencialmente a los ámbitos laboral y sanitario. En 1988 se adoptó un Protocolo adicional con cuatro nuevos derechos y finalmente en 1996 el número de derechos reconocidos ascendió a treinta y uno, tras la redacción de un nuevo texto, con el que la Carta además pasó a llamarse *Carta Social Europea (revisada)*.

La mayoría de las decisiones del Comité de derechos humanos se relacionan con la prohibición de discriminación y al tratarse de derechos sociales, económicos y culturales, sería fundamental estudiar con detalle los avances ue en materia de protección de la salud, por ejemplo, se han desarrollado.

Los artículos 11 y 13, reconocen respectivamente el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia médica y social. El artículo 11 establece que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud los Estados Parte deben adoptar medidas adecuadas para *“eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma y finalmente prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”*.

Por su parte, el artículo 13, relativo, como señalábamos, al derecho a la asistencia médica y social, exige el compromiso de los Estados firmantes para que ellos velen por que toda persona que *“no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes (...)”* y, del mismo modo, para que las personas que se beneficien de dicha asistencia *“no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales (...)”*.

En segundo lugar y de manera más exhaustiva, la Carta enumera una serie de derechos de carácter laboral. Como sabemos, este es un ámbito en el que pueden verse vulnerados los derechos que tiene toda persona con el VIH y en

1

el que las mujeres con el VIH deberían, a nuestro juicio, gozar de una protección jurídica reforzada y específica. El artículo 20 contempla el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo. El artículo 24, refiriéndose de manera más concreta al despido, establece el derecho a la protección en caso de despido. En este punto es donde podría ampliarse la protección, prohibiendo los despidos como resultado de situaciones de trato discriminatorio no justificado, como puede ser el caso de la discriminación al colectivo de mujeres con el VIH. Los dos artículos mencionados se complementan finalmente con el artículo 26, que garantiza el derecho a la dignidad en el trabajo.

c) Convenio de Estambul

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, en vigor para España desde 2014 y conocido como el Convenio de Estambul, es el primer instrumento a nivel europeo de carácter vinculante en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica, ha sido incorporado como estándar internacional de protección en materia de violencia sobre las mujeres. Cuenta con un sistema de control o monitoreo específico denominado GREVIO, regulado en el artículo 66 del Convenio, cuya función es la elaboración y publicación de informes de evaluación de las medidas legislativas y de otro tipo adoptadas por los Estados Parte con el fin de hacer efectivas las disposiciones del mismo.

Como elemento clave del Convenio y objetivo del mismo, en relación con la discriminación, se establece la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres y la promoción de la igualdad real de hecho y de derecho entre mujeres y hombres (artículo 1). Concretamente en su artículo 4, se establece que la aplicación de las disposiciones del Convenio debe asegurarse por los Estados firmantes del mismo sin discriminación alguna, “basada en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o



1

social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación”. Si se analizan las causas de discriminación recogidas en este precepto, es posible encontrar tanto un motivo de discriminación por razón de sexo, como otro motivo por razón del estado de salud, dentro del cual podrían entenderse incluidas las personas con VIH. Sin embargo, no se encuentra prevista una causa de discriminación interseccional que contenga ambas categorías: ser mujer y tener el VIH.

Este Convenio incorpora el concepto de “diligencia debida” en su artículo 5, al afirmar que los Estados Parte en él, además de abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes, las instituciones estatales y los demás sujetos que actúen en su nombre, se comporten y actúen también de acuerdo con dicha obligación. El concepto de Diligencia debida respecto de la responsabilidad estatal por los actos de violencia no cometidos por agentes estatales se ha convertido en un estándar internacional desde que la Corte Interamericana de derechos humanos lo utilizó por primera vez en el caso Velasquez Rodríguez en 1988. La DEVAW lo define como la obligación estatal de perseguir, por todos los medios necesarios y sin dilación una política de eliminación de la violencia contra las mujeres, incluyendo la obligación de prevenir e investigar y castigar actos de violencia contra las mujeres con independencia de quien los realice.

El concepto de “diligencia debida” fue utilizado también por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos en el caso González y otras vs. México conocido como caso “Campo Algodonero”. En su sentencia, la Corte define el estándar de “debida diligencia”, con el fin de determinar el alcance del deber estatal de prevención de crímenes basados en el género, aplicando dicho estándar respecto del deber estatal de protección de los derechos frente a actos de particulares, es decir, de actores no estatales (Abramovich 2010). Dicho deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre

1

todo en el contexto de prácticas estructurales o extendidas, impone a los Estados la obligación de vigilar la situación social. Para la Corte, puede generarse responsabilidad para un Estado por atribución al mismo de actos cometidos por particulares en el marco de las obligaciones de dicho Estado de garantizar el respeto de los derechos entre individuos. La atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos puede darse cuando éste incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esa función de protección. La diferencia que presenta este caso respecto a anteriores sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos es la referencia a un nuevo estándar de debida diligencia en la prevención, en base al cual se responsabiliza a un Estado por incumplir dicho deber en relación con los correlativos derechos a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la libertad de las víctimas (Vázquez Camacho 2011).

3. EL ÁMBITO MIGRATORIO

El primero de los ámbitos de atención como ámbito donde se producen múltiples y diferentes formas de discriminación a las mujeres con el VIH y el sida es el migratorio. El estrecho vínculo entre movilidad y el VIH se fundamenta en las condiciones estructurales propias de los procesos migratorios, como la pobreza, la explotación, la separación de familiares y cónyuges y la diferencia entre las normas que rigen los diferentes contextos socioculturales⁷. Como señalan la OIT, la OIM y ONUSIDA en un informe conjunto (2008)⁸, los y las migrantes y la población móvil pueden encontrarse tanto en el territorio de destino como en el territorio de origen al regresar al mismo en graves situaciones de marginación y discriminación, en muchos casos llegándose a encontrar sin ninguna protección

⁷ Organización internacional para las Migraciones (2004). *La movilidad de la población y el VIH/sida. Hoja informativa del Programa*. Recuperado de

https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sida/informoimsida.pdf

⁸ ONUSIDA (2001). *Movilidad de la población y SIDA*. Colección Prácticas Óptimas del ONUSIDA: Actualización Práctica. Recuperado de <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/activities/health/hiv-population/Movilidad-dela-poblacion-y-SIDA-2001.pdf>

1

jurídica o social en la comunidad receptora. Dicha situación aumenta la vulnerabilidad a la infección por el VIH y también las dificultades de vivir con el VIH o el sida. En concreto, las mujeres migrantes “(...) pueden verse en situaciones que las hacen especialmente vulnerables al VIH. Muchas de ellas trabajan en puestos relativamente no cualificados, dentro de los sectores de las manufacturas, doméstico o del entretenimiento, a menudo en situación irregular y con poco o ningún acceso a la salud y los servicios relacionados con el VIH. En situaciones así, suelen ser susceptibles a la explotación o a la violencia física y sexual, en algunos casos por parte de su empleador, y tienen pocas oportunidades de encontrar otro empleo. Las mujeres también son afectadas por ser las esposas que han dejado solas los trabajadores migrantes internacionales de sexo masculino”.⁹

La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) lleva trabajando con ONUSIDA desde 1997, tratando de abordar los problemas que sufren los y las migrantes con VIH/sida. Como veremos más tarde al realizar el análisis jurisprudencial, el Programa Conjunto de Naciones Unidas de 2004 nos indicaba que las respuestas al VIH/sida para la situación de la población migrante debe centrarse esencialmente en la prevención, atención y apoyo a lo largo de los desplazamientos (antes, durante, en el país de destino y al regresar). Además, se advierte “el VIH/SIDA no debería ser considerado una amenaza para la salud pública en relación a la migración, porque, aunque es infeccioso, el virus no se transmite por la mera presencia de una persona con VIH o por el contacto casual (a través del aire, del agua o de la comida). El VIH solo se transmite a través de comportamientos específicos que se suelen dar en su mayoría en el ámbito privado” (p. 33).

Uno de los casos más interesantes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia es Kiyutin c. Rusia (2011). Por supuesto, en

⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y ONUSIDA (2008). *Informe de política: VIH y migración internacional de mano de obra*. Recuperado de http://www.unaids.org/sites/default/files/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/manual/2008/jc1589_policy_brief_labour_long_es.pdf

1

materia de no discriminación hay muchísimas más sentencias que pueden ser pertinentes, pero en este caso el TEDH realiza dos operaciones importantes: en primer lugar, reconoce que las personas con el VIH y el sida son un grupo social vulnerable y, en segundo lugar, establece que la situación de salud es un motivo prohibido de discriminación por el art. 14 del Convenio. Tras el estudio de este caso, se analizarán otras dos sentencias del TEDH (con pronunciamientos contradictorios entre sí) con respecto a la expulsión de dos mujeres con VIH.

Empecemos, pues, con el **Caso Kiyutin contra Rusia**, de 10 de marzo de 2011¹⁰, que ha sentado un precedente esencial sobre la prohibición de la discriminación en el ejercicio de la libertad de circulación y residencia de personas extranjeras con el VIH. La sentencia aborda un análisis de la legislación rusa que impedía a un extranjero con el VIH y con claros vínculos familiares en el país, acceder a un permiso de residencia permanente. El TEDH señala que la norma constituye una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida familiar) y del artículo 14 (prohibición de la discriminación).

El demandante, de nacionalidad uzbeka, llevaba viviendo en Rusia desde 2003, con su mujer e hija, ambas de nacionalidad rusa. Tras solicitar un permiso de residencia permanente y realizarse para ello las pruebas médicas pertinentes, se le comunica que ha obtenido un resultado positivo en el test del VIH, como consecuencia de lo cual se le deniega el permiso de residencia solicitado. Agotadas todas las vías nacionales, el Señor Kiyutin formuló una demanda en Estrasburgo alegando una violación de los dos artículos mencionados, 8 y 14. El Tribunal señala que efectivamente, en pos de la protección del artículo 8, como la esposa del demandante y su hija son rusas, el demandante debe ser tratado como cualquier otro solicitante de residencia que tenga vínculos familiares en el país. La razón por la que no ha sido tratado así sienta sus bases en una norma rusa que ampara esta discriminación.

¹⁰ Kiyutin contra Rusia, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de marzo de 2012: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139393>

1

El Estado ruso alegó que esta medida legal había sido tomada con el fin legítimo de protección a la salud pública y a la seguridad nacional (*“Reconociendo pues que la enfermedad crónica causada por el virus humano de la inmunodeficiencia (VIH), ampliamente expandido en el mundo, y con unas graves consecuencias de carácter socio-económico y demográfico en Rusia, supone una amenaza a la seguridad personal, pública y nacional y, es más, una amenaza para la Humanidad (...) el Estado reclama y establece la protección de los derechos e intereses de la población (...)”* (párrafo 16)¹¹ pero el Tribunal rechazó esta línea de argumentación, reconociendo consiguientemente que las personas con VIH representan un grupo social vulnerable discriminado. De hecho, afirma *“que una distinción hecha en base al estado de salud de una persona, incluyendo condiciones tales como la infección por VIH, debería estar cubierta -ya sea en forma de discapacidad o simultáneamente- por el término “otra situación” en el texto del artículo 14 del Convenio”* (párrafo 57). Para llegar a afirmar lo finalmente establecido por la sentencia, el Tribunal se apoya en diferentes normas internacionales que apuntan hacia la no discriminación de las personas con VIH. Entre muchas otras, se hace referencia en primer lugar a la Resolución 1995/44 sobre la “Protección de los derechos humanos de las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)” adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 3 de marzo de 1995. Esta reza del siguiente modo (p. 29):

1. *“Reafirma que la discriminación sobre la base del VIH y el SIDA, real o presunta, está prohibida por las normas internacionales de derechos humanos y que la expresión “o cualquier otra condición social”, que figura en las disposiciones de los textos internacionales de derechos humanos sobre la no discriminación, debe interpretarse en el sentido de que abarca el estado de salud, incluso el VIH y el SIDA;*
2. *Exhorta a todos los Estados a que se aseguren, cuando sea necesario, de que sus leyes, políticas y prácticas, incluidas las introducidas en relación con el*

¹¹ Extracto de la Ley de Prevención del VIH número 38 de 30 de marzo de 1995.

1

VIH o el SIDA, respetan las normas de derechos humanos, en particular el derecho a la vida privada y a la integridad de las personas infectadas por el VIH o con el SIDA, prohíben la discriminación relacionada con el VIH y el SIDA, y no tienen por efecto impedir que se realicen programas para prevenir el VIH y el SIDA y para atender a las personas infectadas por el VIH o con el SIDA”

En segundo lugar, el Programa Conjunto sobre el VIH/SIDA en junio 2004 en incluía la siguiente recomendación, previamente citada:

3. *“El VIH/SIDA no debería ser considerado una amenaza para la salud pública en relación a la migración, porque, aunque es infeccioso, el virus no se transmite por la mera presencia de una persona con VIH o por el contacto casual (a través del aire, del agua o de la comida). El VIH solo se transmite a través de comportamientos específicos que se suelen dar en su mayoría en el ámbito privado (...)”* (p. 33).

Otro instrumento fundamental al que hace referencia el Tribunal son las *Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos de 2006”* elaboradas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incide en que los *“principios básicos de derechos humanos que son esenciales para que la respuesta de los Estados al VIH sea eficaz figuran en los instrumentos internacionales vigentes (...). Entre los principios de derechos humanos pertinentes al VIH figuran los siguientes: El derecho a la no discriminación, a la protección igual de la ley y a la igualdad ante la ley o el derecho a la libertad de circulación”*. (p. 34).

Estas mismas directrices, a pesar de no contemplar este aspecto concreto la sentencia que venimos comentando, son las que además hacen brevemente hincapié en la especial vulnerabilidad de las mujeres ante al VIH y los compromisos y objetivos que deben adoptarse frente a esta doble discriminación. Así, por ejemplo, en su octava directriz, ONUSIDA señala que *“en colaboración con la comunidad y por conducto de ella, los Estados deberían fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, los niños u otros*

1

grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad mediante el diálogo con la comunidad y en particular mediante servicios sociales y de salud especiales y apoyando a los grupos de la comunidad”.

Por ello, acertadamente, el Tribunal indica que “(...) aunque el artículo 14 no establece en su enumeración una referencia al estado de salud o a cualquier condición médica, la Corte ha reconocido recientemente que las limitaciones o discapacidades físicas o cualquier tipo de impedimento de salud entran dentro del ámbito de la presente provisión (ver caso *Glor* párrafos del 53 al 56 y caso *GN* párrafo 119). La Corte toma nota de la opinión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas referente al término “otra situación”, contenido en instrumentos internacionales de no – discriminación, pudiendo este interpretarse como que contempla el estado de salud, incluyendo, por tanto, el VIH” (p. 47).

Una vez analizado el caso *Kiyutin v. Rusia* y determinada su importancia para el objeto de este informe, resulta también conveniente hacer referencia a otros dos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referentes a la expulsión a sus países de origen de dos mujeres con el VIH, en los cuales las soluciones alcanzadas resultan totalmente opuestas: el caso *N. contra Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008¹² y el caso *S.J. v. Bélgica*, de 19 de marzo de 2015¹³. En ambos casos, el TEDH analiza si el retorno de estas mujeres supondría una vulneración del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el hecho de verse sometidas a tratos inhumanos y degradantes al no tener acceso al tratamiento médico necesario en los sistemas de salud de sus respectivos países de procedencia.

En el primero de estos casos (*N. contra Reino Unido*), la demandante, de nacionalidad ugandesa y con el VIH, al entrar en Reino Unido, completó una

¹² *N. contra Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de mayo de 2008: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86490>

¹³ *S.J. contra Bélgica*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de marzo de 2015: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153361>

1

petición de asilo con motivo de una violación producida en su país. Dicha solicitud fue apoyada por un informe médico pericial en el cual se establecía que sin la recepción del tratamiento antirretroviral del VIH, su esperanza de vida era inferior al año. Además, en dicho informe se afirmaba que, si bien dicho tratamiento resultaba accesible en Uganda, ello requería un gasto considerable y su recepción en cantidades limitadas. Sin embargo, la solicitud de asilo fue denegada y, como último recurso, acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su demanda, la demandante alegó su imposibilidad de acceder al tratamiento del VIH en Uganda en caso de ser expulsada, con su consiguiente sometimiento a tratos inhumanos y degradantes por dicho motivo.

El TEDH, llevando a cabo una interpretación restrictiva del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, argumentó que el CEDH no establece una obligación para los Estados parte de responder en caso de disparidades en los tratamientos médicos con países no parte en el mismo mediante el otorgamiento de tratamiento médico ilimitado y gratuito a todas las personas extranjeras procedentes de tales países sin derecho a permanecer en el país en el cual se encuentran. Según lo establecido por el Tribunal en esta sentencia, las personas extranjeras con una orden de expulsión no disponen de la posibilidad de reclamar derecho alguno a permanecer en el territorio de un estado contratante del CEDH para poder continuar siendo beneficiario de asistencia médica, social o de cualquier otro tipo proporcionada por dicho estado. La expulsión de personas extranjeras a sus países de origen únicamente supondría una vulneración del Artículo 3 del CEDH en situaciones excepcionales. Como principales consideraciones a valorar en estos casos, el Tribunal señala en su pronunciamiento la gravedad y el estado de la enfermedad, la posibilidad de acceso a un tratamiento adecuado en el país de destino y la posibilidad de recibir ayuda por parte de familiares o personas cercanas. En este caso concreto, el Tribunal concluyó afirmando que, en caso de ser la demandante expulsada a Uganda, no existiría vulneración alguna de tal precepto, pues el hecho de que sus circunstancias y su esperanza de vida se verían reducidas significativamente con su retorno a Uganda no resultaban motivo suficiente para entender vulnerado el artículo 3 del CEDH. Además, el

1

hecho de no encontrarse la demandante en un estado crítico y encontrarse en condiciones de viajar llevaba a considerar que el nivel de gravedad exigido para entender vulnerado el Artículo 3 del CEDH no se alcanzaba. La demandante fue finalmente expulsada y falleció de forma prematura tras su llegada a Uganda.

Frente a este pronunciamiento, encontramos la resolución del caso S.J. contra Bélgica por el TEDH en 19 de marzo de 2015. En este caso, la demandante era una mujer de nacionalidad nigeriana y con el VIH, la cual, en su demanda, alegaba su probable sometimiento a tratos inhumanos y degradantes en caso de ser expulsada a Nigeria, pues en tal caso no podría recibir el tratamiento antirretroviral del VIH, al no ser éste accesible o encontrarse disponible en este país. Además, como consecuencia de la falta de tratamiento, tendría lugar su fallecimiento en condiciones particularmente inhumanas y en presencia de sus tres hijas menores. El caso se resolvió con la decisión del gobierno belga de alcanzar un acuerdo con la demandante, decidiendo no continuar con el procedimiento de expulsión, el cual fue aceptado por ésta con la condición de que se garantizara la posibilidad de permanencia en Bélgica de forma indefinida e incondicional para ella y sus tres hijas. Sin embargo, en la sentencia es posible encontrar un voto particular en el que se lleva a cabo una crítica a la decisión tomada por el TEDH en su resolución del caso N. contra Reino Unido, en la cual se afirmaba que la expulsión de una mujer con el VIH a Uganda no suponía vulneración alguna del Artículo 3 del CEDH. En él, se afirma que el caso S.J. contra Bélgica suponía una oportunidad adecuada para poner fin a la posición previamente adoptada en la sentencia del caso N. contra Reino Unido con respecto a la expulsión de migrantes en situación irregular con alguna enfermedad, pero dicha oportunidad fue desaprovechada. Para el magistrado ponente del voto particular, a raíz de dicha sentencia, el TEDH, en casos similares, se reafirmó en la argumentación sostenida en ella, ignorando el hecho de que con motivo de su fallo, la demandante del caso N. contra Reino Unido fue expulsada a Uganda y falleció poco tiempo después. En consecuencia, con el mantenimiento de tal argumentación durante los seis años transcurridos entre ambas resoluciones, pueden haberse producido expulsiones de personas en la misma situación que N y puede que sigan teniendo lugar si la posición

1

mantenida no es modificada.

4.- EL ÁMBITO LABORAL

Otro de los ámbitos en los que se siguen produciendo situaciones de discriminación para las mujeres con el VIH es el ámbito laboral. Se trata de un ámbito en el que los derechos que tiene toda persona con el VIH y, concretamente las mujeres, se ven vulnerados y en el que éstas deberían por tanto gozar de una protección jurídica reforzada y específica.

Dentro de este ámbito existen diversos posibles escenarios o áreas en las que tienen lugar tales situaciones de discriminación para las mujeres con el VIH, entre los cuales se encuentran: las situaciones de discriminación en el acceso al trabajo; los casos de despido por motivos o categorías sospechosas como el sexo o el estado de salud; la revelación de datos o información relativa al estado de salud, a pesar de su confidencialidad o privacidad y la exigencia de pruebas de detección del VIH o la presentación de diagnósticos relativos al VIH por parte de los empleadores a los solicitantes de empleo o a sus trabajadoras. Otra situación de discriminación para las mujeres con el VIH son los cambios de funciones o tareas injustificados con motivo de tener VIH (denominados “mobbing”), que serán tratados al abordar las situaciones de violencia a las que se ven expuestas estas mujeres.

La Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, es el marco jurídico internacional de referencia en cuanto a la protección de los derechos sociales y laborales. De manera exhaustiva, se enumeran a lo largo de su articulado una serie de derechos de carácter laboral, entre los que se encuentran el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (artículo 20) y el derecho a la protección en caso de despido (artículo 24), que se ven complementados con el derecho a la dignidad en el trabajo recogido en el artículo 26.

1

En el ámbito interno, la protección de los derechos laborales viene dispensada por el Estatuto de los Trabajadores¹⁴. En su artículo 17 (No discriminación en las relaciones laborales) se consideran nulas y sin efecto las disposiciones legales o reglamentarias, las cláusulas estipuladas en convenios colectivos, los pactos de carácter individual y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a “situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo [...]”, entre otros motivos o categorías sospechosas.

Con respecto a los casos de despido de trabajadoras con el VIH, el propio Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 55 apartado 5, considera como causa de nulidad de un despido el hecho de que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o que se produzca con violación de los derechos y libertades públicas de los trabajadores. El estado de salud, como categoría prohibida o sospechosa de discriminación, ha sido enmarcado por la doctrina y la jurisprudencia en la cláusula genérica de prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución Española, constituyendo de ese modo un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dicho precepto. En consecuencia, en aquellos casos en los que la causa del despido sea dicho estado de salud, tales supuestos serán considerados como trato discriminatorio en tanto que exista, respecto de las personas afectadas, una situación de estigmatización social (Serrano 2012). Por todo lo anterior, en aquellos supuestos en que quede constatada la justificación de un despido por parte del empresario en motivos o causas de discriminación como el sexo, el estado de salud o ambas categorías al mismo tiempo (discriminación interseccional); tres situaciones que pueden darse en el caso de la discriminación a mujeres con el VIH y sida, el fin unilateral de la relación laboral por parte del empresario será considerado nulo (García Perrote Escartín, 2015).

Cabe mencionar además, que, en estos supuestos, resultan de aplicación las reglas sobre distribución de la carga de la prueba en casos de discriminación

¹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

1

contenidas en la Ley reguladora de la jurisdicción social¹⁵ (artículo 96). En los procesos en que de las alegaciones de la parte demandante (las trabajadoras con VIH y sida, en lo que al objeto del informe se refiere) se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo o cualquier otra categoría sospechosa y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado (en este caso, el empresario), “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En la misma línea, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo de 2010¹⁶, afirma que “el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo”. Las ausencias temporales del trabajo motivadas [...] por enfermedad relacionadas con el VIH o el sida deberían tratarse de la misma manera que las ausencias por otras razones de salud [...]”. Este mismo texto afirma, además, que dicho estado serológico tampoco debe ser un motivo de discriminación que impida la contratación de un trabajador, su permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades.

Todo ello queda reflejado en la jurisprudencia tanto de los órganos jurisdiccionales de instancias supranacionales como del ámbito nacional. En cuanto a la jurisprudencia supranacional, resulta significativo para la cuestión que nos ocupa el caso I.B. contra Grecia¹⁷, en cuya sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos el despido de un trabajador con motivo de tener éste VIH,

¹⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, núm. 200 (2010). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R200 (acceso: 14 de mayo de 2016).

¹⁷ I.B. v. Greece, Judgement of the European Court of Human Rights, October 3, 2013: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127055> (accessed: May 14, 2016).

1

por vulneración del artículo 8 de del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar) tomado en consideración de forma conjunta con el artículo 14 (prohibición de discriminación).

El caso I.B. contra Grecia fue planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un ciudadano de nacionalidad griega tras haber sido despedido de su puesto de trabajo en una fábrica de joyería. Este hecho tuvo lugar tras haber puesto éste en conocimiento de tres compañeros de trabajo la posibilidad de tener VIH, lo cual provocó que éstos y otros setenta trabajadores exigieran su despido al empresario. El Tribunal consideró, al igual que previamente había argumentado el Tribunal de Apelación interno, que el despido no había sido acorde a Derecho, pues la finalización del contrato de I.B. se había basado exclusivamente en su estado de salud; sin encontrarse tal decisión objetivamente justificada, pues en ningún momento dicha circunstancia había tenido efecto alguno en el ambiente de trabajo, en el funcionamiento de la empresa o en el desempeño de sus funciones por parte de I.B. Así las cosas, los prejuicios del resto de trabajadores con respecto al VIH no pueden ser utilizados para justificar el fin de una relación laboral. En tales situaciones, afirma el Tribunal, la necesidad de proteger los intereses del empresario debe ser ponderada con la necesidad y los intereses del trabajador con el VIH, que es la parte “débil” del contrato. No resulta adecuada para el TEDH la argumentación sostenida por el Tribunal de Casación, que sostuvo la justificación del despido en base exclusivamente a los intereses del empresario y su intención de restablecer el orden previamente existente en la empresa, sin realizar la ponderación previamente mencionada. En consecuencia, el TEDH considera que el Tribunal de Casación no argumentó de forma suficiente las razones por las cuales los intereses del empresario resultaban prevalentes con respecto a los de I.B. y que, por tanto, erró al ponderar los derechos de ambas partes. Por estos motivos, el TEDH considera que el despido se produjo únicamente por la revelación al resto de trabajadores de la condición de seropositivo de I.B. y no por otros motivos, habiendo I.B. sido objeto de una discriminación con motivo de su estado de salud.

1

Si miramos qué ocurre en el ámbito interno, la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº3 de Castellón 269/2005, de 7 de junio utiliza la inversión de la carga de la prueba para considerar nulo el despido de un trabajador con el VIH en virtud del artículo 14 de la Constitución Española, último inciso (“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). En su fundamento de derecho octavo, se afirma que “[...] la única razón demostrada de la causa del despido ha sido el simple hecho de que se trata de una enfermedad infecciosa y que sin la información debida sobre la misma tiene una condición discriminatoria socialmente para la persona que lo padece”. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de enero de 2001, abrió la puerta a otorgar la calificación de nulidad a las decisiones extintivas de un contrato de trabajo por parte del empresario fundamentadas en móviles en los que resulte apreciable la vulneración de la prohibición de discriminación, al fundamentarse en factores de segregación y discriminación.

Por otro lado, con respecto a la exigencia de pruebas de detección del VIH o la presentación de diagnósticos relativos al VIH por parte de los empleadores a los solicitantes de empleo o a sus trabajadoras y a la privacidad de los datos o información relativos al estado de salud, la previamente mencionada Recomendación de la OIT establece que “no se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH”, debiendo tener éstas un carácter voluntario y ser realizadas sin coerción o coacción alguna. Además, los resultados de tales pruebas de detección del VIH “deberían ser confidenciales y no comprometer el acceso al empleo, la permanencia en el mismo, la seguridad en el empleo o las oportunidades de promoción”.

La base legal sobre la que se fundamentan los reconocimientos o pruebas médicas en el ámbito laboral es la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, concretamente su artículo 22. En él se establece que la vigilancia del estado de salud por parte del empresario mediante la realización de exámenes médicos periódicos tiene, por regla general, carácter voluntario. Además, las pruebas incluidas en los mismos deben ser aquéllas que resulten indispensables

1

y pertinentes y debe en todo caso garantizarse la protección de la intimidad y la dignidad del trabajador mediante la confidencialidad de los resultados de tales pruebas y de toda la información relacionada con su estado de salud.

Sin embargo, quedan exceptuados de dicho carácter voluntario los supuestos en los que “la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

Aplicando estas bases al VIH, las pruebas para su detección solo pueden incluirse en las pruebas médicas porque resulte indispensable tener conocimiento del estado serológico del trabajador con motivo de las tareas que desempeña o porque exista un riesgo de transmisión. En otro caso, la utilización de pruebas serológicas para la detección del VIH en el ámbito laboral resulta innecesaria e injustificada y, por tanto, no puede ser exigida ni en los reconocimientos médicos previos a la contratación ni en los que se desarrollan de forma periódica tras ella.

5.- EL ÁMBITO SANITARIO

Los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres han sido negados históricamente por el patriarcado que sigue incidiendo en la regulación del sistema de salud. Como dice González Moreno, lejos estamos de la autonomía reproductiva: *“los términos que designan lo que las mujeres reclaman realmente: poder decidir procrear o no y en cualquiera de las alternativas, darse cuenta de lo que están decidiendo y asumir la responsabilidad de su decisión”*. Así, más allá de señalar que hay quien defiende que la laicidad es el presupuesto imprescindible de la evolución del sistema de salud (González Moreno 2012), desde luego es uno de los ámbitos en los que cabe repensar la discriminación.

1

Habría, pues, dos problemas fundamentales a tratar: en primer lugar, la fecundación mediante técnicas de reproducción asistida y, en segundo, la interrupción voluntaria del embarazo. Dos opciones que, tradicionalmente, no habían estado al alcance de las mujeres a pesar de tener la responsabilidad del cuidado de los hijos. Es notoria la falta de regulación coherente en España de las técnicas de reproducción asistida y la sanción penal que ha conllevado el aborto hasta hace prácticamente unos cuantos años.

La Ley Orgánica de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo supuso tanto un intento de adecuar el ordenamiento jurídico español a las exigencias internacionales como el cumplimiento de un objetivo que se veía ineludible en el contexto actual: sacar fuera del Código Penal la regulación de la interrupción voluntaria, que no supone sino un ataque a la libertad de elección sobre su cuerpo que debieran tener las propias mujeres. Esta Ley tiene en su base una serie de principios – libertad, intimidad y autonomía personal, maternidad libre y decidida por la mujer y ausencia de discriminación- que deben inspirar todas las políticas que se lleven a cabo en esta materia. Con todo, sigue considerándose el aborto como delito, a excepción de aquellos supuestos concretos definidos en la Ley. Esto supone que siga culpabilizándose a la mujer por llevar a cabo estas acciones. Además, se puede afirmar que, en la actualidad, la regulación que encontramos en la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo ha hecho poco visible la autonomía reproductiva de las mujeres. Se estaría aludiendo a lo que sería únicamente una dimensión de la misma, su dimensión positiva, que es la que representada por la opción por la procreación; se confunde la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, e incluso se desvalora a la primera con relación a esta última, y sobre todo, se tiende a identificar autonomía reproductiva con salud sexual y reproductiva (GONZÁLEZ MORENO, 2012).

6.- LA PROTECCIÓN DE DATOS

Seguramente resulta más interesante y pertinente, por la jurisprudencia, tratar este ámbito de forma vinculada a la cuestión de la protección de datos, esto es, el de la violación del derecho a la intimidad y la protección de los datos, concretamente en la prestación de servicios sanitarios. Realizaremos un análisis comparativo de las sentencias Armoniène c. Lituania y Biriuk c. Lituania. Ambas nos proporcionan un perfecto ejemplo de los estigmas y prejuicios asociados a las mujeres con VIH, en comparación con los estigmas y prejuicios asociados a los hombres con VIH. Bajo el título “Pueblos de Pasvalys paralizados ante el miedo a la muerte: los residentes de una remota área de Lituania sometidos bajo la amenaza del SIDA”, el periódico lituano *Lietuvos Rytas* publicó un artículo en el que se vertió información sobre la vida privada de dos personas, G. Biuriuk y L. Armoniene, entre otros aspectos, sobre su estado de salud (VIH). Estamos pues ante una violación del artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar.

A pesar en teoría de derivar ambos pronunciamientos de los mismos hechos, la referencia en el citado artículo a su vida personal y familiar, lo cierto es que incluso si partimos del análisis de tales hechos observamos claras diferencias entre ambas partes demandantes. Por un lado, Gitana Biriuk fue víctima de profusas declaraciones, como pueden ser las siguientes:

“Notoriamente promiscua...”,

“Siempre estaba buscando hombres y los encontraba fácilmente”

“La anterior pareja de G. no escondió el hecho de que vivió con ella todo un año y que tenían relaciones sexuales sin condón”

“Las mujeres de los pueblos cercanos están asustadas por si sus maridos traían a casa el virus mortal”

“Un hombre que rondaba por su casa vivió con ella un par de años. Tras un tiempo se fue y le dejó un regalo (VIH) a la mujer”

“G. una madre soltera no casada con dos hijos...”

“El personal médico del hospital de Pasvalys confirmó que tenía VIH”

“(...) ya está enferma con la enfermedad letal”

1

Vemos como se hace una clara alusión a su vida sexual, conectando, aunque indirectamente, sus supuestos hábitos sexuales y su estado civil con la adquisición de la infección por el VIH. Incluso al hacer referencia a sus parejas se dice que “rondaban por su casa”. Si comparamos lo que ocurre por otro lado con el otro afectado, L. Armonas, observaremos las diferencias apuntadas anteriormente. La demandante en el caso del señor Armonas fue su esposa, L. Armoniene, puesto que este falleció un año después de la publicación del artículo, en 2002. Por poner unos ejemplos, en la sentencia se destacan los siguientes pasajes del artículo:

“El padre de los hijos de G. Biriuk es un habitante de Paiesmeniu, L. Armonas (...)”

“Laimis Armonas es seropositivo”, “L. Armonas es otra víctima del VIH”.

En ambos casos se confirma que vivían con el VIH, tanto Biriuk como Armonas, pero la diferencia es notoria a la hora de tratar como uno y otra contrajeron la enfermedad e incluso a la hora de hacer alusión a la misma. Así, mientras ella tiene “la enfermedad letal”, él, es “otra víctima del VIH”.

Los instrumentos internacionales relevantes que trae a colación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son por una parte la Resolución 428 (Consejo de Europa). Declaración sobre Medios de Comunicación y Derechos Humanos y por otra la Resolución (89) 14. “Los asuntos éticos del VIH en los servicios sociales y de salud”. La primera establece medidas para proteger al individuo ante interferencias en su derecho a la privacidad. Se advierte que puede configurarse, como muchas veces efectivamente sucede, un conflicto con el derecho a la libertad de información y de expresión, pero este último no puede anular ni destruir la existencia del derecho a la privacidad. El segundo instrumento, hace referencia a la confidencialidad. Así, es importante destacar, como lo hace el Tribunal que solo se pueden utilizar los datos relativos al VIH con finalidad epidemiológica (respondiendo a un interés público) y con el debido anonimato.

1

Si atendemos a los fundamentos de Derecho de las sentencias, vemos que ante la alegada violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. G. Biriuk, la demandante, alega que el Estado ha fallado en su deber de proteger debidamente su vida privada. El artículo 54 de la ley lituana de Provisión de Información, como ella defiende, no se adecua al artículo 8 del CEDH, puesto que limita la cantidad por compensación de daños a 10.000 LTL (14.460 euros). No hay proporcionalidad en las cantidades de compensación y los daños ocasionados. El Gobierno, por su parte, se opone a tales aseveraciones. Entiende que sí que se podía llegar a una suma más alta si se cumplían ciertos requisitos, como que la información publicada degradara la dignidad y el honor de la persona y que además esta fuese falsa. No interpretan que el artículo 8 suponga que la cantidad por daños deba ser ilimitada. En ambos fallos, el Tribunal se pronuncia estableciendo que ha habido efectivamente una violación del artículo 8 del Convenio, condenando consiguientemente a Lituania a pagar la suma de 6500 a cada una de las demandantes. Como se puede observar no efectúa el Tribunal ninguna distinción entre ambas demandantes, que teniendo en cuenta los hechos, sí podría haberla realizado. Además no incide sobre la clara discriminación hacia las mujeres con el VIH, es decir, no adopta una perspectiva de género para analizar los hechos acaecidos, limitándose tan solo a tratar el aspecto económico.

7.- LA VIOLENCIA

Hacer un análisis sobre la violencia en las relaciones de género obliga a hablar, de sus implicaciones jurídicas. La DEVAW define la “violencia contra la mujer” como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*. Tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en

1

adelante, LOVG) parten de esta misma definición de violencia. Además, hay que añadir que la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 definió la violencia contra la mujer ampliamente, como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Esta es la perspectiva que adopta, también, la LOVG.

Como punto de partida, y siguiendo lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la, LOVG, cabe diferenciar tres ámbitos de relación de la persona que son reflejo de la violencia en el sistema sexo/género: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral. La violencia intrafamiliar es uno de los fenómenos que más problemática ha reflejado en las realidad española desde hace unos años. Constantemente los medios de comunicación suman nuevos casos a las, ya escalofriantes, cifras oficiales de maltrato. Pero como bien dice Borja Jiménez, “*estas cifras son sólo eso, cifras*. Todos los estudios realizados sobre violencia doméstica ponen de manifiesto que el número de denuncias y de condenas tan sólo representa la punta del iceberg, pues las estimaciones reales sobre el nivel de agresiones físicas y psíquicas en la convivencia familiar, parece ser muy superior” (Borja Jiménez, 2011).

Ante un problema de tamaño magnitud, cabe preguntarse en qué medida los poderes públicos tienen el deber de proteger un ámbito privado como es el de la realidad doméstica. En este sentido, el artículo 32 y el artículo 39 de la Constitución Española configuran la institución de la familia, en la que hombre y mujer tienen ahora plena igualdad jurídica. La redacción de estos artículos está muy relacionada con el reconocimiento del principio de igualdad (artículo 14CE) y permite reconocer un nuevo modelo de familia en la que cada sujeto es libre y en la que, formalmente, no cabe la jerarquía en las relaciones familiares. Con todo, podría seguir sosteniéndose, el ámbito familiar es un ámbito privado en el que no cabe la injerencia, en principio, del Estado. No obstante, la abstención del Estado tiene como límite el ejercicio de la violencia (Borja Jiménez, 2011). Es, en este contexto, en el que nace la LOVG, bajo el enfoque de lo que se ha denominado feminismo oficial.

1

Tradicionalmente, la problemática de la violencia hacia la mujer se abordaba desde una perspectiva que tomaba como única causa del maltrato la posible enfermedad o alcoholismo del hombre. De esta explicación, y con la aprobación de la LOVG, se ha pasado a una nueva concepción que afirma como causa única o fundamental de la violencia la situación de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer. Si eran evidentes los problemas de las primeras teorías al proponer como único responsable al maltratador y desconocer por completo la responsabilidad del contexto social, el discurso del feminismo oficial mueve la balanza hacia el lado opuesto y presenta unos problemas radicalmente opuestos. Entre los problemas del discurso feminista que yace en la base de la LOVG destacan la excesiva simplificación del problema, el concepto de mujer utilizado y, por último, la visión del Derecho penal como arma más adecuada para afrontar este problema.

En cuanto al primer problema, esto es, la reducción del problema a la desigualdad estructural, éste impide que entren en juego otras variables en el maltrato a parte de la variable de género. La variable género actúa algunas veces como factor de riesgo -por ejemplo podemos afirmar que la violencia de género aumenta el riesgo de transmisión del VIH-, pero en otras cabe la concurrencia de otros factores que lo aumentan (por ejemplo, el VIH genera violencia de género). Si esto lo relacionamos con el concepto de mujer utilizado por el feminismo oficial, que es muy restringido, podemos concluir que responsabilizar exclusivamente a la situación de subordinación de la mujer en las sociedades actuales impide aceptar el hecho de que no todas las mujeres tienen el mismo riesgo de sufrir este tipo de violencia. Así, existen colectivos de mujeres, entre las que se encuentran las mujeres con el VIH¹⁸, que quedan sin una respuesta por parte del sistema por la imposibilidad de realizar políticas específicas: mujeres inmigrantes en situación irregular, mujeres toxicómanas, mujeres que ejercen la prostitución, etc.

¹⁸ UNICEF, "*Violencia contra mujeres y niñas y el VIH/SIDA*".

1

Han sido diversas las organizaciones que han destacado que la violencia contra la mujer es un factor que aumenta el riesgo de adquirir la infección del VIH. A su vez explican que el VIH provoca mayores posibilidades de violencia en la vida de las mujeres¹⁹. Así, Naciones Unidas ha puesto de relieve que la desigualdad de género contribuye a una mayor propagación del VIH. De hecho, ONUSIDA afirma que: *mediante un criterio basado en el género para comprender el VIH/SIDA, se examinan los modos en que el género influye en el riesgo y la vulnerabilidad de los individuos al VIH; la experiencia de vivir con el VIH/SIDA; el impacto de la enfermedad o muerte relacionadas con el VIH de una persona dentro de una familia o comunidad; y • las respuestas a la epidemia a nivel individual, comunitario y nacional. Una respuesta eficaz a la epidemia debe basarse, nos dice, en el conocimiento de esas influencias*²⁰.

En el caso concreto de la violencia, ésta aumenta la vulnerabilidad a la transmisión del VIH tanto de forma directa como indirecta. De forma directa como consecuencia de relaciones sexuales forzadas o violentas con una persona con el VIH. Indirectamente aumenta el riesgo de infección al socavar la capacidad de negociar y decidir sobre las condiciones de las relaciones sexuales, especialmente en cuanto a la utilización de preservativos.

El segundo de los problemas que resulta del enfoque feminista de la LOVG es que el concepto restringido de mujer a la esposa, exesposa, o mujer con la que el hombre tenga o haya tenido una relación de afectividad aun sin convivencia (pareja de hecho o novia) obvia otras manifestaciones de la violencia, como es la violencia contra hijas, hermanas o ascendientes, que quedan excluidas del término de violencia de género. Tenemos que tener en cuenta además que, en muchas ocasiones, la violencia contra estos últimos suele tratarse de un instrumento dirigido, de forma mediata, a la mujer pareja²¹.

²⁰ Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, 2000

²¹ Comunicación núm. 47/2012 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. STEDH en el caso Opuz contra Turquía.

1

Por último, está el problema del uso del Derecho penal como respuesta más adecuada al tratamiento de la violencia de género. El Derecho penal es un instrumento jurídico que hace tiempo ya viene sufriendo una crisis de legitimación y eficacia (Bodelón y Bonet 2009). En este estado de cosas, al igual que se ha pasado de una concepción del maltrato en la que la única causa era la enfermedad mental o el alcoholismo del hombre a una concepción en la que la causa última es la situación de discriminación de la mujer, actualmente el debate sobre la actuación del derecho penal en las relaciones de género se ha trasladado desde una inicial crítica a la situación de desigualdad de la mujer a la situación de desigualdad que, se dice, ahora sufre el hombre (LARRAURI, 2010).

Se ha hecho eco, de esta manera, del retorno al derecho penal de autor. La crítica se ha sostenido, básicamente, en dos pilares. El primero, que el derecho penal no está actuando en su papel de *ultima ratio*; el segundo, que a tenor de la redacción de los preceptos no cabe una autoría femenina. Sobre este debate ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la LOVG. El Tribunal afirma que existen muchas realidades sociales que obtienen respuesta por múltiples ramas del ordenamiento jurídico al mismo tiempo, entre ellas la penal, y esto no implica que el derecho penal no actúe en *última ratio*. Además, el Tribunal sostiene que en ningún momento se parte de una presunción *ex ante* de culpabilidad del hombre. Es más, defiende una interpretación extensiva del artículo 1 LOVG en la que cabe una posible autoría femenina, lo que permitiría que el sujeto activo fuera mujer, entrando de esta manera en el campo de aplicación de la Ley las relaciones lésbicas²².

La construcción de un principio de antidiscriminación por razón de género debe basarse en la idea de que dicha discriminación es la que se da entre hombres y mujeres. Si bien es cierto que la discriminación contra las mujeres no obedece a razones biológicas, sino sociales y culturales, que han posibilitado dicha

²² STC 59/2008, de 14 de mayo.

1

discriminación, no debe oscurecer el hecho de que algunas de las manifestaciones de dicha discriminación (como lo es la violencia de género) son ejercidas por personas con identidad masculina.

En la contemplación de la violencia de género en el marco de lo laboral, destaca la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el art. 7. A tenor de lo dispuesto en esta ley, constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo; y constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. La Ley Orgánica 3/2007 modificó de esta manera la óptica en la que el Estatuto de los Trabajadores había venido enfocando la violencia de género, preferentemente “como vulneración del derecho a la dignidad.

El término violencia de género en el trabajo se refiere, por tanto, a *“toda manifestación de agresión verbal, gestual, física, psicológica y sexual, en el marco de las relaciones laborales, originada en las desigualdades entre los sexos, que afecte la dignidad e integridad de las personas, su salud y sus posibilidades de acceso, permanencia y ascenso laboral”*. El problema guarda relación con los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres en la vida social y económica que, a su vez, directa o indirectamente, afecta a la situación de las mujeres en el mercado del trabajo y en el ambiente laboral.

Así pues, su primera manifestación es el acoso sexual. *El acoso sexual debe conceptuarse como un acoso en el que se utiliza el sexo (entre otras cosas) para lograr poder, o como un acoso en que se usa el poder para obtener sexo* (Stanley y Wise, 1992). La segunda manifestación es el acoso laboral que se refiere al acoso psicológico sobre los trabajadores en unas determinadas situaciones con posibles efectos físicos y/o psíquicos y que, en todo caso afecta

1

al *status* personal y laboral del trabajador (Gascó-García, 2011).

La noción de acoso sexual siempre ha hecho referencia a un conjunto de conductas con connotaciones sexuales mediante las que los hombres ejercen un abuso de poder sobre las mujeres, conductas que pueden revestir violaciones en los casos más extremos. No obstante, entender el acoso sexual desde esta perspectiva, que no incluye el género sino que toma como causa el abuso de poder supone hacer desaparecer el carácter sexista del acoso.

Además hay que tener en cuenta que las actitudes de acoso que buscan sexualizar a la mujer en el ambiente del trabajo suponen, a su vez, el desprestigio de las mismas²³. Esto es, el acoso no sólo debe entenderse ceñido al carácter sexual de la ofensa, sino también a actitudes y prácticas que, como fin último, quieren negar el valor profesional de las mujeres en el trabajo. En otras palabras, el acoso sexual es el resultado de la organización basada en las relaciones de género desde la cual se asignan roles específicos y lugares diferentes, tanto a hombres como a mujeres, en función de su sexo (Pernas, 2001).

Al igual que ocurre con la violencia de género y la respuesta del Derecho penal, el debate en torno a si es esta rama del ordenamiento jurídico la que debe ocuparse de resolver esta problemática vuelve a estar presente. De hecho, se ha criticado que desde el punto de vista legislativo la preocupación se ha dirigido más a definir o encontrar las manifestaciones del acoso y no a revelar sus causas. Por otro lado, se ha dicho que el uso del derecho penal ha supuesto reducir este problema a un mero castigo a los hechos más graves, pues todo el elenco de conductas anteriores a las agresiones queda fuera de protección. No obstante, sí existen algunas ventajas. Una de ellas es la implicación del Estado, que se traduce en las inspecciones de trabajo encaminadas al control de estas conductas en el ámbito laboral. Otra es la responsabilidad que ahora recae sobre los empresarios y, en su caso, los sindicatos, de crear un ambiente

²³ BELVY MORA: *Del acoso sexista a la sexualización del acoso sexual* en www.mujiresenred.net

1

respetuoso de trabajo.

Por último, está el problema del contexto del acoso. Para Wise y Stanley (1992) el acoso sexual es un fenómeno que permea todos los ámbitos de relación entre hombres y mujeres. La experiencia del acoso sexual no es exclusiva del ámbito laboral, por el contrario, es una experiencia cuya vivencia es posible en cualquier ámbito y de la cual puede ser víctima cualquier mujer. Es inseparable de otros comportamientos que pueden darse en otros lugares como calles, bares, colegios, medios de comunicación, etc.

De hecho, la Exposición de Motivos de Directiva 2006/54 dispone que “el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo”. Ambas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción y deben estar sujetas a “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” (ORTIZ LALLANA, 2013).

La segunda manifestación de las relaciones de género en el ambiente laboral es, sin duda, el acoso laboral en sentido estricto o *mobbing*. Resulta a veces difuso distinguir el acoso por razón de sexo y el acoso sexual, siendo el elemento diferenciador más claro el carácter sexual del segundo.

El *mobbing* puede ser definido como “*el maltrato continuado y deliberado, que puede ocasionar daños físicos, psíquicos e incluso patrimoniales y que persigue expulsar al sujeto de su situación laboral, creando un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo que atenta contra la dignidad del trabajador*” (Gascó-García, 2011). Éste puede tener como razón diversas expresiones de la desigualdad de poder que se originan en las relaciones sociales. Y en este punto, cabe incluir todos los motivos que nuestra Constitución tacha de discriminatorios. Por tanto, el *mobbing* puede dirigirse, en este sentido, tanto a la mujer por razones de género, como a la persona con VIH por motivos de salud. El *mobbing* por razones de género encontraría su punto de origen en la

1

tradicional posición de dominio del hombre sobre la mujer, trasladada ahora al terreno laboral. De hecho, ha sido interpretado por la doctrina como la posible contraprestación que las mujeres atienden ante el intento de una ruptura unilateral y clara del rol socialmente asignado, por compaginar el ámbito privado familiar y el ámbito público laboral (Monereo Pérez y Triguero 2010). Esto es, la salida del ámbito privado en al que estaban reducidas las mujeres ha recibido como respuesta un nuevo intento de desplazamiento por parte de los hombres, y una de las señales de que no se trata de casos aislados sino de un problema que tiene como origen las relaciones de poder entre hombres y mujeres es que el mobbing no sólo se da en la empresa privada, sino también en el empleo público, hasta el punto de haber sido objeto de tratamiento en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El marco normativo de tratamiento volvemos a encontrarlo en la LOVG y la Ley 3/2007, de 22 de marzo. En él se configuran las relaciones laborales desde una doble perspectiva. Como un espacio en el que erradicar los comportamientos violentos como el “acoso sexual” o el “acoso por razón del sexo” y como un ámbito de resocialización de las mujeres víctimas de la violencia doméstica (ORTIZ LALLANA, 2013). Por último queda señalar que es mediante la violencia sexual cuando el riesgo de transmisión de forma directa se manifiesta de forma evidente. El término violencia sexual incluye todos aquellos actos que, a través del contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, vulneran el derecho a la libertad o indemnidad sexual. En nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el actual Código Penal, se protege el bien jurídico libertad e indemnidad sexual, como manifestación autónoma del derecho a la libertad en sentido amplio, a través de los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales. Dentro del elenco de conductas que pueden constituir delito se encuentra el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de objetos u otros miembros corporales por alguna de las dos primeras vías mencionadas. También se han incluido otras conductas que, aun sin llevar a cabo este acceso, sí presentan connotaciones sexuales susceptibles de menoscabar estas libertades. El Código Penal diferencia entre agresiones y abusos sexuales. Lo más característico de las agresiones sexuales es que el ataque se lleva a cabo

1

con violencia o intimidación, al contrario que en los abusos sexuales. Es ésta la diferencia fundamental, teniendo en común la falta de consentimiento de la víctima en ambos casos.

Psicológicamente, el sexo no consentido supone en la persona que lo soporta una situación que se puede denominar *trauma genital* que aumenta la posibilidad de que se produzcan heridas. A mayor trauma y mayor sangrado durante la relación, la transmisión potencial del VIH aumenta exponencialmente. No obstante, el riesgo de infección indirecto se comprende mejor desde la violencia de género, y ello porque en este caso a la violencia física y/o sexual, se une la violencia psicológica.

8.- CONCLUSIONES

Realizar un acercamiento fraccionado a la realidad, es decir, dividir ésta en ámbitos puede llevarnos a simplificar el concepto de mujer de una manera distinta a la que criticamos en la introducción. Podemos caer en el error inicial de crear categoría estancas de mujeres y afirmar que sólo un tipo de mujer en cada ámbito va a sufrir una determinada discriminación. Por ello, interesa volver a traer a colación lo dicho anteriormente: el significado de mujer no se descubre a través de dilucidar unas características específicas, sino mediante un entramado complejo de características. Con ello queremos evidenciar que, dentro de cada ámbito, muchas mujeres (y muy diferentes toda ellas) pueden ser potencialmente discriminadas. En cada ámbito, se entrecruzan situaciones de discriminación: una mujer inmigrante no tiene acceso a la salud en un determinado Estado o es expulsada por tener el VIH y una mujer psicológicamente dañada es una víctima potencial de VIH, y al revés. A esta vorágine de situaciones de *vulnerabilidad*, aún cabría añadir el resto de motivos discriminatorios que contempla nuestra Constitución y aún aquellos que todavía no se han legislado o faltan por manifestarse de forma contundentes en la sociedades actuales.

Todo lo anterior nos lleva a la primera gran conclusión y es que el derecho está muy lejos de comprender todas y cada una de las situaciones, tanto de discriminación múltiple como interseccional, a que las personas, y en nuestro caso concreto las mujeres con el VIH, se han venido enfrentando tradicionalmente. La segunda conclusión tiene mucho que ver con lo anterior, y es la falta de políticas públicas que traten estos temas tan delicados. Faltan políticas públicas y, por consiguiente, faltan normas que las aconsejen. Ya hemos visto que la normativa adolece de serios defectos porque, en ningún caso contempla a este colectivo diferenciado. No obstante, no es competencia de este informe entrar a debatir y proponer en qué planes o estrategias está fallando la política actual en campos como la educación sexual o la educación en la diversidad. Como vemos, no se trata sólo de incorporar a las mujeres en la estructura de derechos de los hombres, sino de legislar para las mujeres.

1

Realmente, en última instancia, las posturas políticas que defendemos tienen que ver con nuestras sensibilidades. Por ello, quizá, el problema esté en que hay alguna parte de la libertad de las mujeres que el sistema patriarcal se niega a aceptar. Además, con toda probabilidad el tejido social ofrece una gran permisividad para estos actos discriminatorios, al igual que ocurre, por ejemplo, con la violencia.

Como parte de la conclusión queremos traer un breve análisis del *Plan Estratégico de Prevención y Control de la infección por el VIH y otras infecciones de transmisión sexual* para los años 2013 a 2016, que da continuidad a las estrategias fijadas por los planes anteriores frente al VIH. La misión del Plan es “establecer un conjunto de objetivos y recomendaciones para el Sistema Nacional de Salud que permitan orientar la organización de los servicios sanitarios y sociosanitarios hacia la prevención del VIH y otras ITS”. En definitiva, hablamos de la mejora de la calidad de vida y la esperanza de vida de las personas con VIH y otras ITS, prevenir comorbilidades asociadas y disminuir la discriminación hacia personas con VIH y otras ITS.

En cuanto a los principios rectores, el *Plan* incluye la equidad y la perspectiva de género, pretendiendo tener en cuenta las desigualdades entre hombres y mujeres. Sin embargo, el enfoque de género a lo largo del plan se diluye conforme avanzamos en su lectura y análisis. Además, el Plan menciona como objetivos fundamentales: primero, mejorar la calidad de vida de las personas con VIH y; segundo, reducir la discriminación y lograr la igualdad de trato. La metodología utilizada para abordar las acciones de respuesta frente al VIH ha consistido en la descripción de tres ejes de intervención, dirigidos a grupos determinados de población, según criterios de prevalencia y riesgo de exposición.

El primer eje de intervención es la población general, si bien prestando una especial atención a adolescentes y jóvenes, así como a viajeros a zonas de elevada prevalencia. El segundo eje de intervención se centra en las personas sexualmente activas con mayor riesgo de exposición al VIH, considerándose

1

como tales a los hombres que tienen sexo con hombres, inmigrantes de países de alta prevalencia, usuarios de drogas inyectadas, personas que ejercen la prostitución, internos en instituciones penitenciarias, así como las parejas sexuales de todas ellas. Finalmente, el tercer eje de intervención son las personas con el VIH, de forma genérica. Es decir, la incorporación de un enfoque de género en las líneas de actuación no se concreta ni aprecia en ninguno de los ejes.

El Plan estratégico diseña cuatro líneas estratégicas: 1ª coordinar la respuesta a la epidemia, tanto a nivel nacional como internacional; 2ª, promoción de la salud y la prevención de la infección; 3ª, mejora de los resultados en salud, debiendo para ello seguir el tratamiento y los cuidados adecuados.; y 4ª garantizar el acceso igualitario a los servicios sanitarios y resto de derechos. En esta última línea estratégica se diseñan dos objetivos específicos: la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de personas con VIH y otras ITS. No obstante, el Plan no diferencia entre hombres y mujeres y no aborda como objetivo específico la doble discriminación que pueden sufrir las mujeres por el hecho de reunir la doble condición de discriminación por sexo y ser seropositiva.

El segundo de los objetivos es la garantía de la igualdad en el acceso a la prevención y la atención sociosanitaria de las personas con VIH y otras ITS. Finalmente hay dos recomendaciones específicas en relación con la perspectiva de género. Por un lado, la necesidad de *“contribuir a cambiar las actitudes de mujeres y hombres relacionadas con los condicionantes de género que dificultan la prevención de la transmisión sexual del VIH”* y, por otro, la necesidad de *“conseguir llegar a cero infecciones por transmisión vertical de VIH/ITS, proporcionando tratamiento antirretroviral al 100% de las mujeres embarazadas con infección por VIH”*.

Esto dista de ser una política de prevención con perspectiva de género. Pensamos que es necesario visibilizar a las mujeres en las políticas públicas del VIH y realizar un cruce de planes estatales que se retroalimenten; es decir, es necesario introducir el VIH en los planes de igualdad y el género en los planes

1

de prevención y tratamiento del VIH.

El actual Plan Estratégico del VIH hace referencia a la igualdad entre hombres y mujeres como principio rector, sin especificar eso qué significa ni qué medidas requiere. Además, sólo menciona entre los grupos vulnerables a mujeres embarazadas y mujeres transexuales pero en ningún momento se dirige al colectivo “mujeres” en general, como colectivo con necesidades específicas. Es decir, se aborda la doble discriminación, pero sólo en relación con grupos especialmente vulnerables y de una forma vaga. En este sentido, consideramos imprescindible incorporar en el Plan Estratégico del VIH la perspectiva de género, que debe ser definido para su aplicación a las políticas públicas.

Como dice A. VALCÁRCEL, la igualdad a la que asistimos en las sociedades actuales es un *espejismo*; *una condición política global en la cual las mujeres y los hombres, la parte constitutiva amplia del conjunto social, viene creyendo que es cierto que los sexos son iguales, como una creencia que ya no necesita ser argumentada*. Este informe ha querido iluminar ámbitos en los que el espejismo igualitario no se sostiene.

1

9.- BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, ELISABETH, "Feminist Epistemology and Philosophy of Science", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, E.N. Zalta (ed.), 2004.

BELVY MORA: *Del acoso sexista a la sexualización del acoso sexual* en www.mujaresenred.net

BODELÓN, E.; BONET, M; y otros: *La limitada perspectiva de género en la sentencia del tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal* en NICOLÁS. G y BODELÓN. E, *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. BREGAGLIO, R., "Sistema universal de protección de derechos humanos", pp. 91-131. En BANDEIRA GALINDO, G., URUEÑA, N., TORRES PÉREZ, A., (coord.), *Protección multinivel de derechos humanos*, 2013.

BUTLER, JUDITH, "Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity", Routledge, New York and London, 1990: [...] There is a political problem that feminism encounters in the assumption that the term women denotes a common identity.

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, "Manual de Derecho del Trabajo", 5ª Edición, 2015, Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ MORENO, J.M., "Autonomía reproductiva de las mujeres y derecho penal. Una interpretación feminista de las recientes reformas penales en España", en: Vázquez Bermúdez, I. (coord.), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género"*, Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012, pp. 751-768.

LARRAURI, E. *Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas* en *Desafíos de la igualdad, Desafíos a la igualdad*. Anuario de la Facultad de Derecho de la

1

UAM 13 (2009) nº 13 (2010).

LARRAURI, E. "Criminología crítica y violencia de género". 2007, Trotta.

MESTRE i MESTRE R., "Teorías contemporáneas sobre identidad femenina y discriminación de género", en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L. (dir. y coord.), *Género y derechos fundamentales*, Colección Crítica del Derecho, Sección Derecho vivo, Comares, Granada 2010, pp. 3-47.

MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., *El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género. Acoso sexual y moral en el empleo*. En MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L., *Género y Derechos fundamentales*.

NICHOLSON, L., "La interpretación del concepto de género", en Tubert, s. (ed), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Col. Feminismos de Cátedra, Valencia, 2003.

NICOLÁS LAZO, GEMMA, "Debates en epistemología feminista: del empirismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista", en: Nicolás Gemma, Bodelón Encarna (Comps.), *Género y Dominación, Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, 2009, pp. 25-62.

PEIXOTO CALDAS, JOSE MANUEL, "Estigma y discriminación laboral por VIH/sida: un problema de salud pública", 2010. Ponencia presentada durante el IX Congreso Virtual HIV/AIDS.

SERRANO ARGÜELLO, NOEMÍ, "Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el derecho se aleja de la justicia", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 18*, 2008, pp. 1-22.

VILLAGRA DE BIEDERMAN, S., "El sistema universal de derechos humanos: los mecanismos convencionales y los mecanismos basados en la Carta", pp.

1

141-159. En GONZÁLEZ FELDMAN, C. (coord.), *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos*, 2004.

Documentos oficiales

Comunicación núm. 47/2012 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

http://www.unaids.org/sites/default/files/en/media/unaids/contentassets/dataimpo rt/pub/manual/2008/jc1589_policy_brief_labour_long_es.pdf

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. " *Vigilancia epidemiológica del VIH/SIDA en España*". Actualización 30 de junio de 2014, pág. 6. Accesible en:

http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/vigilancia/InformeVIHSida_Junio2014.pdf (19 de marzo de 2016)

Observación general N°20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009. Acceso: 24 de abril de 2016).

Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en& TreatyID=9&DocTypeID=11 (

ONUSIDA (2001). *Movilidad de la población y SIDA*. Colección Prácticas Óptimas del ONUSIDA: Actualización Práctica. Recuperado de

<http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/activities/health/hiv-population/Movilidad-dela-poblacion-y-SIDA-2001.pdf>

ONUSIDA, " *Unidos contra la violencia y el VIH*", disponible en:

http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2014/march/2014_0312xcs w (21 de marzo de 2016).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y ONUSIDA (2008). *Informe de política: VIH y migración internacional de mano de obra*. Recuperado de

1

[http://www.unaids.org/sites/default/files/en/media/unaids/contentassets/dataimpo
rt/pub/manual/2008/jc1589_policy_brief_labour_long_es.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/en/media/unaids/contentassets/dataimpo
rt/pub/manual/2008/jc1589_policy_brief_labour_long_es.pdf)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, núm. 200 (2010). Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL
O_CODE:R200](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL
O_CODE:R200) (acceso: 14 de mayo de 2016).

Organización internacional para las Migraciones (2004). *La movilidad de la población y el VIH/sida. Hoja informativa del Programa*. Recuperado de [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/si
da/informoimsida.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/si
da/informoimsida.pdf)