



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

GRUPO INVESTIGACIÓN

DECADE-UAH

INFORME CONSULTAS VIH 2021

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Paulina Ramírez Carvajal

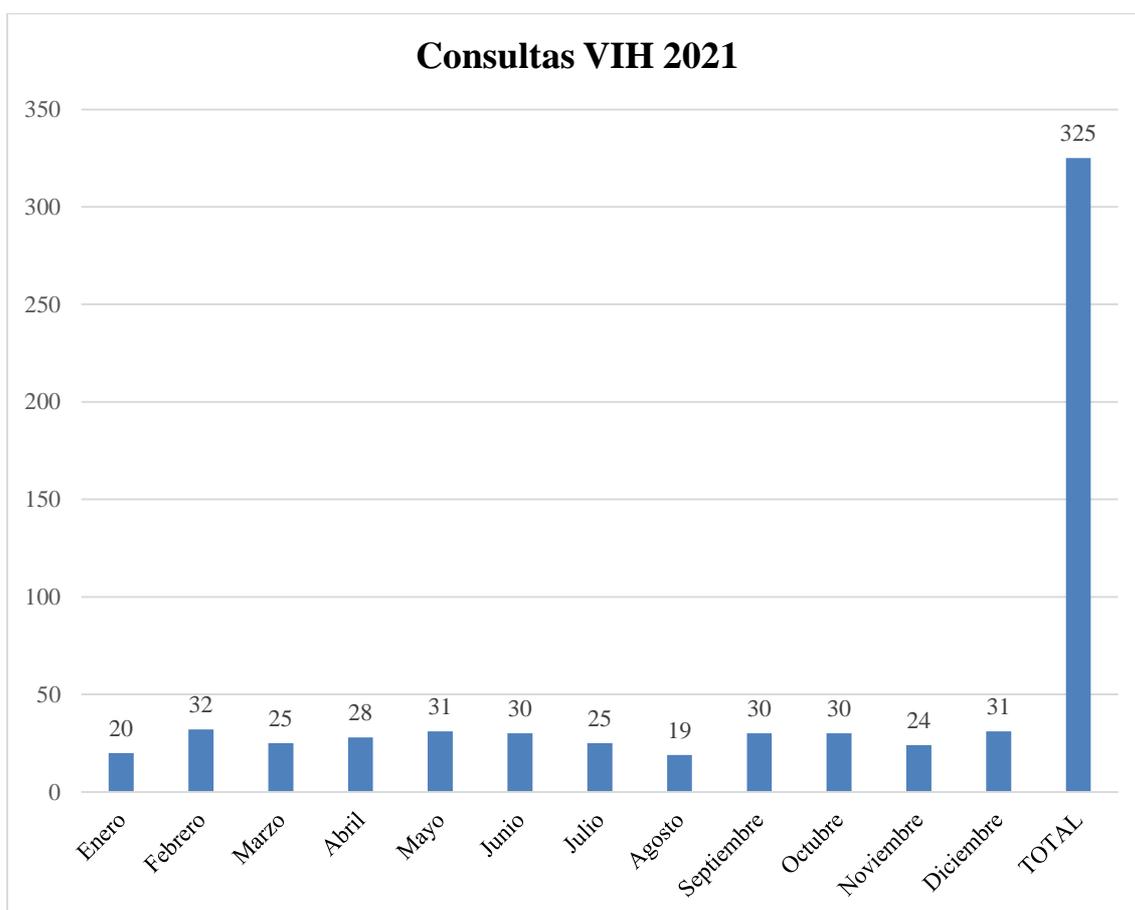
Berta Martín Jiménez

Alina Nastasache

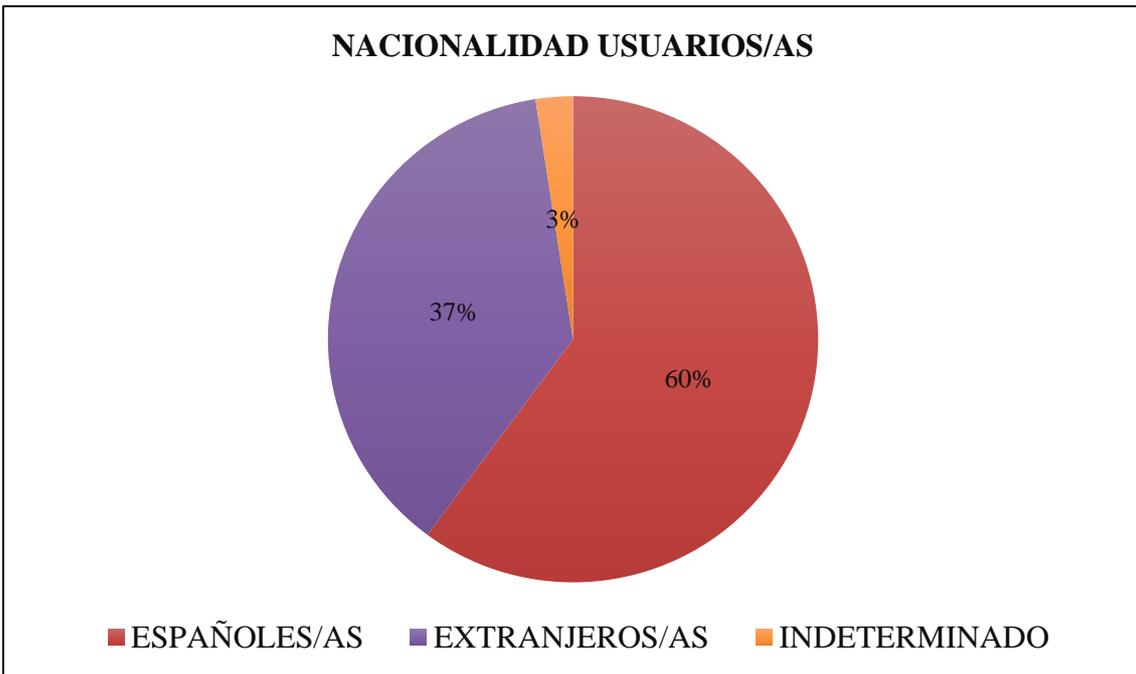
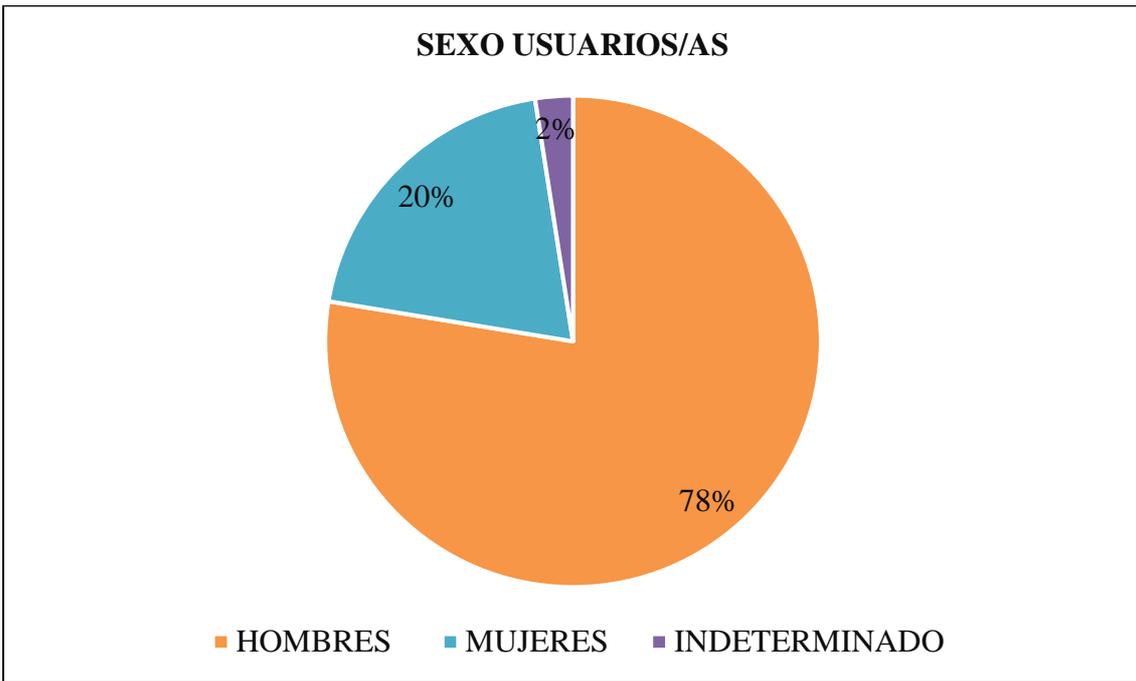
Universidad de Alcalá

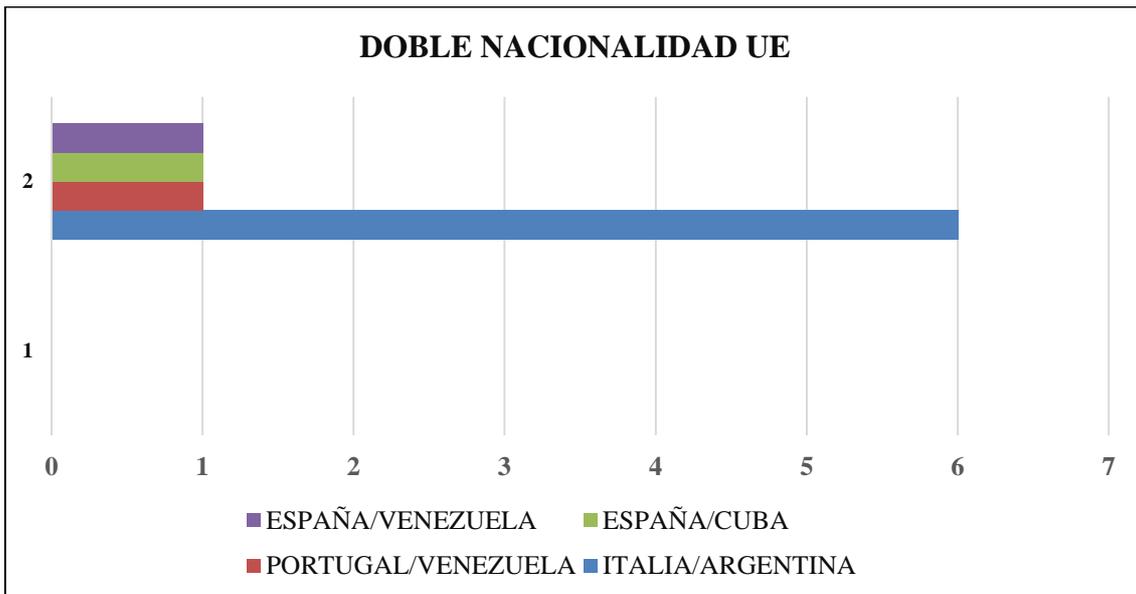
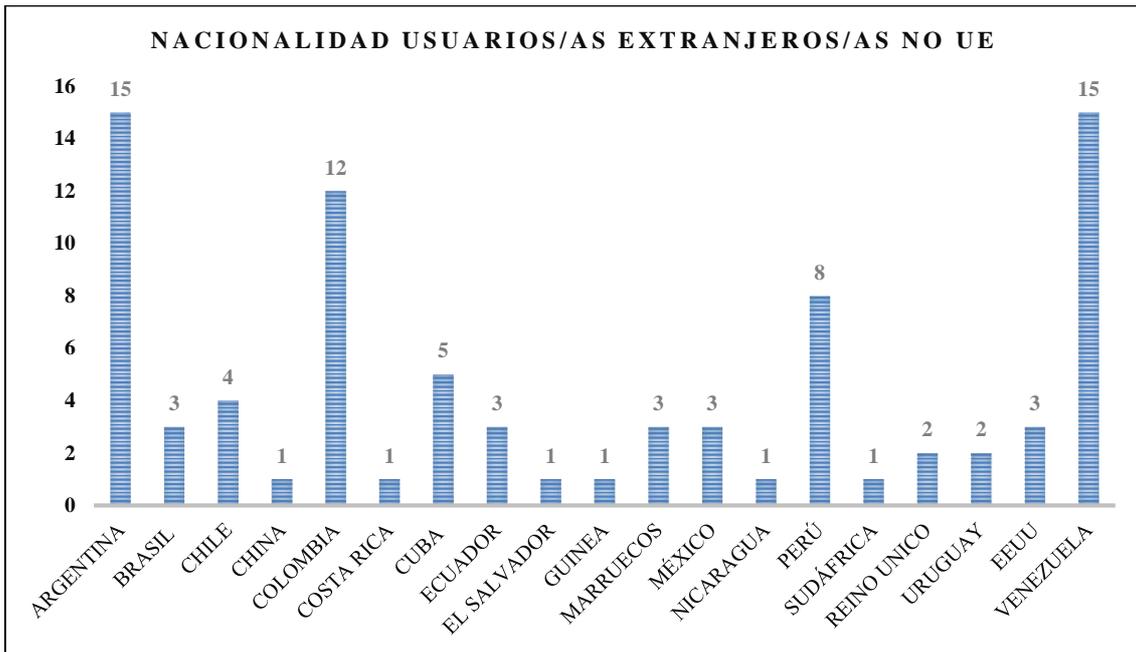
Se recoge en este informe un análisis de las consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2021, dando cumplimiento al compromiso establecido en la subvención recibida por CESIDA para sufragar los costes que genera este servicio de alfabetización legal *pro bono* de las personas con VIH, de las que están en riesgo de infectarse, de las que se conviven o trabajan con ellas y de las asociaciones que representan sus intereses.

En estos 12 meses se han recibido 325 consultas en los buzones clinicalegal@cesida.es y clinicalegal@uah.es que están habilitados por CESIDA y la Universidad de Alcalá para recibir los microcasos que han sido objeto de análisis y respuesta por parte de los y las estudiantes de la Facultad de Derecho mientras realizan sus estudios de Grado o Posgrado.

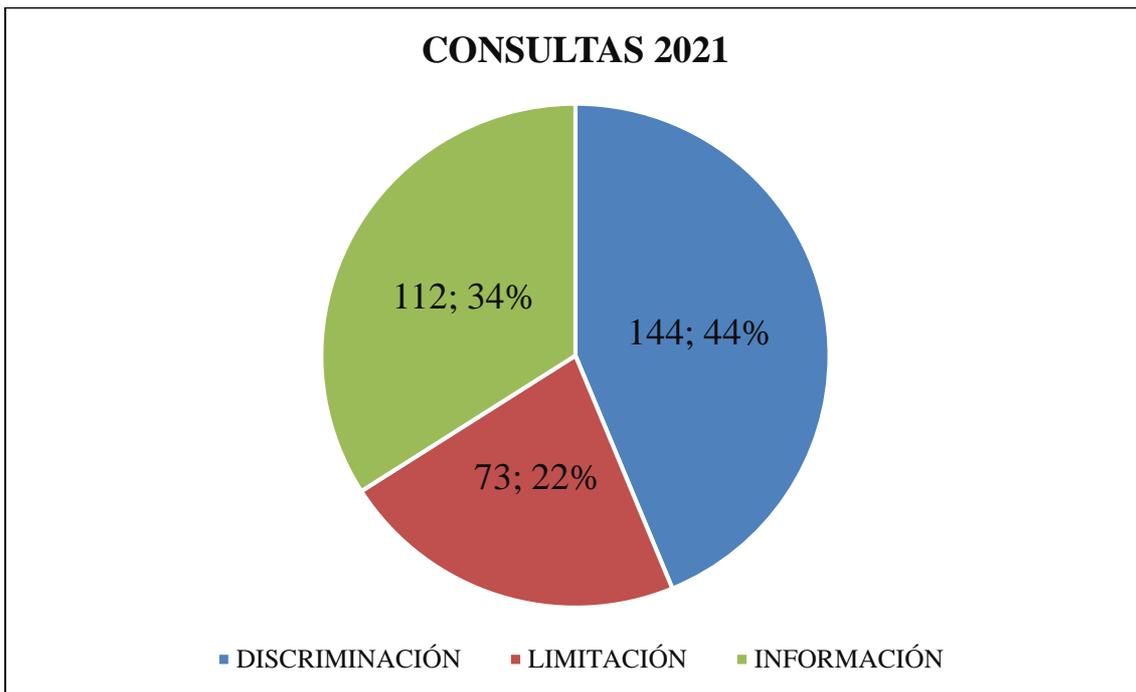


Las consultas han sido mayoritariamente enviadas por hombres (78%) con nacionalidad española (60%) y cabe señalar el impacto que este servicio de alfabetización legal tiene en los países latinoamericanos, desde donde hemos recibido 78 de las 122 consultas enviadas por personas sin nacionalidad española o con doble nacionalidad.





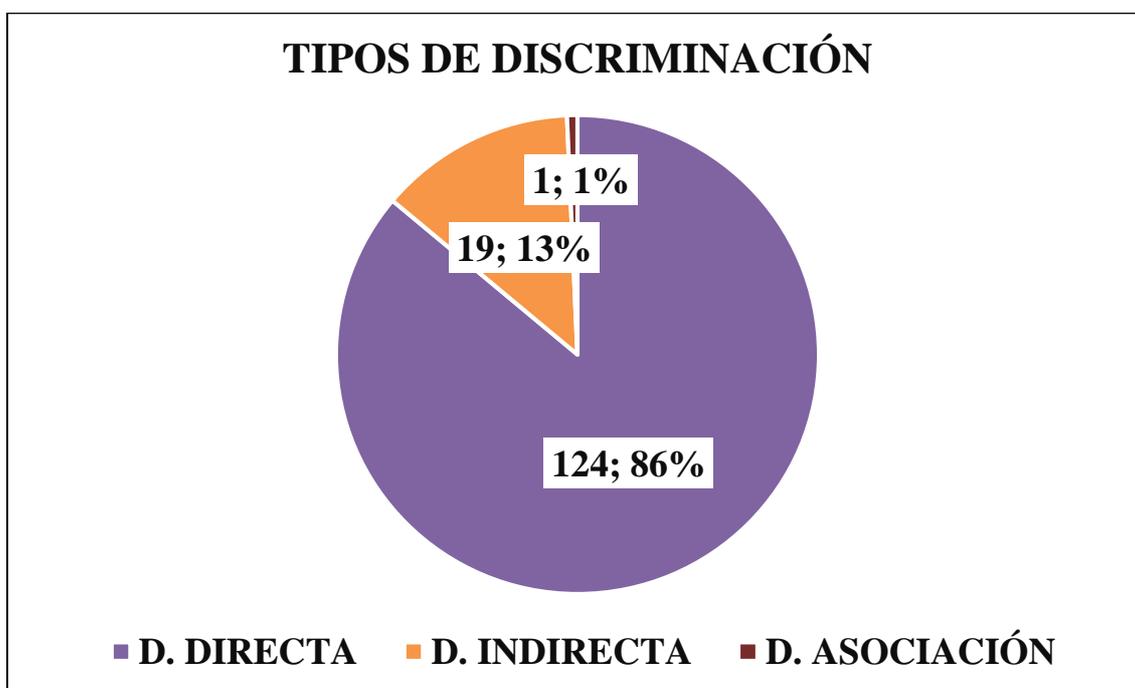
En estas consultas hemos detectado 144 casos en que se ha discriminado a una persona con VIH, a una persona sin VIH pero en riesgo de infectarse o a una persona sin VIH que se relaciona con personas con VIH; 73 casos de limitación de derechos que afectan a personas con VIH; y 112 casos en que las personas con VIH, las asociaciones que representan su derechos e intereses, personas en riesgo de infectarse o personas que se relacionan o trabajan con personas con VIH han solicitado información sobre el acceso a una prestación o servicio.



Entendemos que se produce un caso de discriminación por VIH cuando se trata de forma diferente y desfavorable a una persona con VIH, que se sospecha que puede estar infectada con VIH, que está en riesgo de infectarse con VIH o que trabaja o convive habitualmente con personas con VIH, por razón de su condición serológica, la cual es irrelevante para los fines perseguidos. El principio de igualdad prohíbe dar un trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación. Cabe señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado entre la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación por asociación. La discriminación directa se produce cuando una disposición, criterio o práctica tiene en cuenta uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) para tratar a las personas que poseen esos rasgos de forma menos favorable que a otras en situación comparable. Existe discriminación directa cuando una persona con VIH es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por motivo de o por razón de su condición serológica. Por otro parte, la discriminación indirecta se produciría cuando la aplicación de una disposición, criterio o práctica (aparentemente) formulada en términos neutros respecto a los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) pone a las personas que poseen esos rasgos en una situación de desventaja particular con respecto a otras en situación comparable. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición legal, aparentemente neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de su condición serológica respecto del VIH. Por último, la discriminación por asociación existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de su condición serológica respecto del VIH. En la sentencia 79/2020, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional señala su oposición tanto a la discriminación

directa como a la discriminación indirecta cuando afirma que «lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». A este tipo de discriminación se refiere la sentencia 71/2020, de 29 de junio, donde el Tribunal Constitucional recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tipo de discriminación se produce «cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio».

Entre los casos de discriminación hemos analizado 124 casos de discriminación directa, 19 casos de discriminación indirecta y 1 caso de discriminación por asociación.



Un caso singular en 2021 (CESIDA-2021-59) ha sido el de una comunidad de vecinos que, quizás para evitar que utilizaran la piscina las personas infectadas con SARS-Cov-2 o que hubieran desarrollado COVID-19, se llevaron por delante los derechos de las personas con VIH pues establecieron la prohibición de que las personas con una ‘enfermedad transmisible’ utilizaran esa zona común.

Resumen de la Consulta

-. Usuario con VIH, en cuya comunidad de vecinos se ha establecido una prohibición de acceso a la piscina para aquellas personas con una “enfermedad transmisible”, motivo por el cual no le dan la posibilidad de acceder a la misma, desea saber qué hacer para hacer valer su derecho a utilizar la piscina.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española de 1978: artículo 14 (sobre el derecho a la igualdad), art. 53 (sobre el procedimiento preferente y sumario), y art. 119 (sobre la gratuidad de la justicia).
- . Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal: artículo 3 (copropiedad de las zonas comunes), artículo 18 (sobre la impugnación de decisiones de la comunidad).
- . Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita: artículo 13 (requisitos para realizar la solicitud de asistencia jurídica gratuita.).
- . Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: artículo 394 (sobre el derecho a usar la zonas comunes de los copropietarios), artículo 396 (sobre qué se considera zona común).
- . Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma: artículo 11 (sobre las restricciones de acceso a las piscinas debido a la COVID-19).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . STC de 28 de marzo de 1996, RJ 55/1996, FJ 6 (sobre el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional).
- . STC de 2 de octubre de 1997, RJ 159/1997, FJ 3 (sobre el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional).
- . STC de 20 de julio de 1999, RJ 136/1999, FJ 5 (sobre el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional).
- . STS de 19 de febrero de 2016, RJ 93/2016, FJ 4 (sobre el derecho de los comuneros a usar las zonas comunes).
- . SAP Málaga, de 15 de abril, RJ 4417/1999 FJ 3 (sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para tener derecho a la prestación).

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Plan Nacional sobre el Sida. Recuperado de: <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmibibles/sida/publicaciones/profSanitarios/CascadaWEBxTTOVIH22Novbre17.pdf>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas y esperamos que tras la lectura queden resueltas.

A modo de introducción, consideramos relevante explicar que usted tiene derecho, como propietario al corriente de pago, a usar la piscina comunitaria. Eso es así debido a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal que establece la copropiedad de los elementos comunes. Según el art. 396 del Código Civil, podemos entender que la piscina queda incluida dentro de esos elementos comunes. Por lo tanto, como hemos mencionado antes, usted tiene derecho a acceder a la piscina. Esto queda ratificado, también por el art. 394 CC al establecer la imposibilidad de que se le prohíba a un copropietario el uso de la cosa común. De igual forma, la STS de 19 de febrero de 2016 coincide con lo explicado al establecer el derecho del copropietario a usar la zona común.

Si bien esto es cierto, este derecho no es ilimitado. En algunas circunstancias relacionadas con enfermedades infecciosas, como la COVID-19, es posible limitar el acceso a las piscinas de uso comunitario. Así, la Junta de Andalucía (órgano competente en su caso al ser usted almeriense) estableció, en el art. 11 de la Orden de 7 de mayo de 2021, una serie de limitaciones al acceso de las piscinas comunitarias debido a la situación de pandemia en la que nos encontramos. Sin embargo, hemos de recordar que el VIH no es una enfermedad contagiosa, sino transmisible.

Una vez dicho esto, la cuestión fundamental de este supuesto radica en si la prohibición de acceso a la piscina de la comunidad de vecinos respeta el derecho fundamental del artículo 14 sobre el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad derivado de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución Española. Para determinar si esa actuación de trato diferenciado está justificada, el Tribunal Constitucional establece en su jurisprudencia un criterio de evaluación de la medida que pretende proteger el bien jurídico (que en este supuesto sería la salud pública). De esta manera se examinaría si la medida es adecuada bajo el juicio de proporcionalidad donde la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida que protege el bien jurídico son evaluadas.

En este juicio de valor, mediante la prohibición de uso de la piscina, la comunidad de vecinos lo que pretende es la protección del bien jurídico de la salud pública con el fin de evitar futuras transmisiones del virus, aunque ello suponga un sacrificio para el

derecho a la igualdad de otras personas (usted). El problema radica en que es manifiestamente injusto puesto que la medida, protegiendo el bien jurídico que se pretende, no lo hace de la forma menos restrictiva posible. El Tribunal Constitucional establece en varias sentencias que para que el trato diferenciado mediante el que se protege el bien jurídico sea legítimo debe examinarse bajo el juicio de proporcionalidad donde se evalúan la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida que protege el bien. En este supuesto se puede apreciar que:

a) **Idoneidad:** En este punto se pretende establecer si la medida consigue el fin concreto que persigue. La prohibición de acceso a la piscina a una persona con VIH no es idónea para proteger la salud pública porque un 18% de las personas con VIH desconoce que lo tiene. Teniendo en cuenta esto, es posible que se deje acceder a una persona que no sepa que tiene VIH. Ante esto, lo más razonable es tomar las mismas medidas de protección en todos los casos. Además, es necesario tener en cuenta que debido a que el VIH no se transmite al bañarse en el mismo agua que una persona que lo tenga, la medida tampoco parece idónea para proteger la salud pública. Por lo tanto, y para concluir este punto, la medida de la clínica no aseguraría la preservación del bien jurídico, ergo en la balanza del juicio de proporcionalidad se empieza a vislumbrar el desequilibrio.

b) **Necesidad:** Este precepto tiene como fin averiguar si la medida es necesaria para proteger el bien jurídico que se pretende. Es decir, la necesidad hace referencia a la imposibilidad de tomar otra medida menos restrictiva para proteger el bien jurídico pretendido. Ante esto, podemos determinar que el VIH no se transmite por vía aérea ni tampoco al bañarse en el agua. Por lo tanto, no es necesario actuar con un tratamiento diferente ante un vecino con VIH que desea utilizar la piscina. Además, es necesario destacar que las personas que tienen su infección controlada por el tratamiento antirretroviral (carga viral indetectable), no transmiten el VIH a terceros, pues hay una tasa de reducción del 100% en el riesgo de transmisión del virus, así lo ha demostrado el estudio Partner 2.

c) **Proporcionalidad:** Lo primero que hay que añadir es la que proporcionalidad es el ámbito más subjetivo del juicio. Sin embargo, el TC establece como requisito que, a mayor vulneración del derecho, más se debe proteger el bien jurídico a salvaguardar. Nosotros consideramos que, debido a que la denegación del acceso no cumpliría con los requisitos de idoneidad ni de necesidad por los motivos explicados anteriormente, no podemos llegar a la conclusión de que nos encontremos ante una medida proporcional.

Consecuentemente, al negarle la comunidad del acceso a la piscina, nos encontramos ante un caso de discriminación. Una vez determinada la situación en la que usted se encontraría, lo conveniente sería ver cómo proceder ante el acto discriminatorio por parte de la comunidad. A continuación, expondremos las medidas legales que se pueden llevar a cabo.

El art. 18 de la LPH establece la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos llevados a cabo por la comunidad que “*supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo*” (apartado 1.c) del citado precepto). Para la impugnación, son requisitos indispensables el estar al corriente de pago de las cuotas

comunitarias y el no haber votado a favor de la decisión (circunstancias que se dan en este caso, ambas).

Debido a que nos encontramos ante una decisión que vulnera la Ley (la Constitución, el Código Civil y la LPH), el plazo para recurrir la decisión es de un año, conforme al apartado tres del mismo precepto. Es muy recomendable que solicite al Juez que, de forma cautelar, suspenda la ejecución de la decisión, pues si usted no lo solicita este no podrá hacerlo hasta dictada sentencia (art. 18.4 LPH). La demanda deberá ser presentada en el Juzgado de Primera Instancia que le corresponda por su domicilio.

Antes de acudir a los Tribunales, es recomendable iniciar un proceso de mediación con la comunidad con el fin de evitar el proceso judicial. Este proceso es gratuito y no es necesario (aunque sí recomendable) acudir con asistencia de un abogado o procurador. En Andalucía se debe acudir a un Punto de Información para la Mediación en Andalucía (PIMA) para llevar a cabo el proceso de mediación. Para encontrar su PIMA correspondiente y conocer los datos de contacto del mismo, le adjuntamos el siguiente enlace: <https://lajunta.es/pima>.

Por último, debido a que para iniciar la vía judicial expuesta necesitará la asistencia y representación de un/a abogado/a y de un/a procurador/a, procedemos a explicarle en qué consiste la asistencia jurídica gratuita, así como el turno de oficio.

El artículo 119 de la Constitución establece la gratuidad de la justicia en aquellos casos en los que la ley lo habilite y, en todo caso, para aquellas personas que no tengan recursos suficientes para litigar. Este derecho ha sido regulado por la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Aquellas personas que puedan acceder a la justicia gratuita tienen, entre otros derechos, la posibilidad de contar con un/a abogado/a de oficio que analice su caso y le defienda en un proceso judicial. La asistencia jurídica gratuita garantiza el acceso a la justicia a aquellas personas que no poseen recursos suficientes para sufragar un litigio, en igualdad con aquellas que sí que tienen esos recursos. Este servicio lo gestiona los Colegios de Abogados. En el turno de oficio se designa un abogado a aquellas personas que lo necesiten, pero solamente será un servicio gratuito en caso de que el usuario acredite no tener recursos económicos suficientes para abordar el litigio, en caso contrario se deberán abonar los honorarios del/la abogado/a, pues son profesionales privadas.

En el artículo 13 de la Ley anteriormente mencionada se establecen los requisitos para realizar la solicitud de asistencia jurídica gratuita. Dicho precepto señala que en la solicitud se deben incluir:

- a) La prestación solicitada.
- b) Los documentos que acrediten la situación económica del solicitante y de su familia, así como sus circunstancias familiares.
- c) Los documentos que acrediten la pretensión que el solicitante quiere hacer valer, así como las contrapartes.
- d) Si el solicitante no estuviera casado (o estuviera divorciado), deberá declarar que no tiene pareja de hecho en el momento de presentar la solicitud.

Hemos de señalar, también, que el artículo 5.2 de la misma Ley establece la posibilidad de obtener la asistencia jurídica gratuita “*atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante*”. Esto es interesante para aquellas personas que no cumplan con los requisitos antes mencionados y, en su caso, podría resultar de aplicación.

Para solicitar el servicio de asistencia jurídica gratuita, deberá acudir al Servicio de Orientación Jurídica (SOJ) de los Colegios de Abogados, donde le prestarán la ayuda necesaria a efectos de formalizar dicha solicitud, indicando los documentos que se han de aportar y dónde se consiguen. Además de esto nombrarán o denegarán provisionalmente a los profesionales de oficio. También le informarán de los medios de resolución extrajudicial del conflicto, como por ejemplo la mediación. Para acudir al SOJ hay que pedir cita previa con anterioridad. En todo caso, si se diera la situación en la que le denegaran la operación o le impusieran un sobrecoste para la realización de la misma, le aconsejamos que vuelva a acudir a nosotros para que le podamos guiar en el procedimiento a seguir, en concreto, para interponer el burofax

Le agradecemos la confianza puesta y esperamos que le haya servido de ayuda. Para más información o preguntas al respecto no dude en volver a contactar con nosotros.

Clínica Legal, UAH

Y los casos de discriminación directa también aparecieron en el ámbito laboral. En este caso (UAH-2021-81), una persona con VIH y diabetes es discriminada por razón de su estado de salud, en general, algo que prohíbe la sentencia 62/2008, de 26 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Se trata de un hombre de 35 años de edad, tiene diagnosticada diabetes y desde año y medio tiene serología positiva en VIH. Debido a su estado de salud debe acudir frecuentemente a consultas médicas (mensualmente). Desde que manifestó en el trabajo que iba a dichas consultas la empresa a empezado a presionar al trabajador para que cediera, al no conseguirlo le han mandado una carta de despido (él no ha firmado nada). Pregunta que opciones legales tiene.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. España Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311: Art. 14 (igualdad); Art. 18 (derecho a la intimidad).

-. España. 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. BOE núm. 255. Art. 4 (Derechos de los trabajadores); Art. 49 y ss. (sobre las formas de extinción y los tipos de despidos).

-. España. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 189. Art. 8 (infracciones muy graves)

-. España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269. Art. 22 (vigilancia de la salud de los trabajadores)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 62/2008 de 26 de mayo:

Resumen de los hechos: se trata de un trabajador que padece una enfermedad que le impide trabajar, especialmente en la construcción que ha sido su último empleo. A su vez el INSS le deniega cualquier prestación al no reunir la condición necesaria para ser beneficiario de una incapacidad permanente.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico cuarto a séptimo.

-. España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 196/2004 de 15 noviembre:

Resumen de los hechos: Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora (agente administrativa) de la empresa Iberia, LAE, SA. Por la extinción de la relación laboral adoptada por la empresa tras el examen médico en el que no se informó a la trabajadora del objeto del análisis, de ser informada no habría aceptado que la realizasen el mismo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Sexto.

-. España. Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana (Comunidad Valenciana) Sentencia núm. 269/2005 de 7 junio

Resumen de los hechos: se trata de un trabajador al que le han notificado un despido justificando que la producción del mismo se ha visto notablemente disminuida, pero existen importantes indicios de que el móvil era el estado de salud del trabajador, el cual además es portador de VIH.

Respuesta fundamentada

En primer lugar, queremos agradecerle la confianza depositada en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, haremos todo lo posible para explicarle su situación desde

una perspectiva legal. Para ello hemos considerado conveniente seguir el siguiente índice.

INDICE

Derechos de las personas con diabetes y VIH+.

Problemas en el entorno laboral relacionados con la salud del trabajador.

Tipos de despidos en España.

1. Derechos de las personas con diabetes y VIH+.

España es un estado constitucional, esto significa que la norma mas importante de la legislación es la Constitución. Esto tiene especial importancia cuando se esta hablando de derechos ya que en esta norma se recogen los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, tanto españoles como extranjero.

Los derechos fundamentales deben ser desarrollados por las demás leyes que nunca podrán limitar el alcance de un determinado derecho, además, los jueces que aplican las leyes en los juicios interpretan a la vez aquellas situaciones en las que pueda haber alguna confusión o simplemente sea necesaria una aclaración.

En su caso particular, debido a su estado de salud y en relación con su puesto de trabajo, se ven afectados especialmente dos derechos fundamentales: por un lado el derecho a la igualdad, esto significa que en España la Constitución garantiza que ninguna persona pueda ser discriminada por ninguna causa, cuando se produce una discriminación por el estado de salud de una persona, dichos actos pueden llevar aparejado responsabilidades penales, administrativas y civiles. Esto se puede explicar de una manera genérica a través de un ejemplo, una persona que toma decisiones o realiza actos discriminatorios puede ser denunciado por un posible delito (dependiendo del acto podría ser un delito de injuria, lesiones, amenazas, etc.), desde el punto de vista administrativo puede llevar aparejada una sanción económica o una posible inhabilitación, y, finalmente, puede suponer responsabilidad civil para la persona teniendo que pagar una indemnización (por ejemplo si se produjesen daños morales).

No toda discriminación es contraria a la Constitución, los jueces han interpretado este derecho diciendo que puede existir discriminación si lo que se persigue es equilibrar una situación de desigualdad. Es decir, las autoridades pueden aprobar normas que supongan una discriminación positiva según la cual un grupo de personas, por el hecho de tener unas circunstancias especiales debe ser tratada de una manera diferente para tener las mismas oportunidades que las personas que no viven con esas circunstancias. Los jueces han establecido en estos casos que las medidas deben ser proporcionales, ya que no pueden dar pequeñas ventajas a un pequeño grupo de personas, pero perjudicar a otras muchas. Por otro lado, deben ser necesarias, es decir, que aprobar esas medidas sea esencial para alcanzar esa igualdad de la que hablamos y, además, debe ser adecuada, esto quiere decir que las medidas puedan conseguir la finalidad para la que se aprueban.

Quizás es un poco difícil de entender esa explicación de una manera abstracta, pero básicamente se trata de pequeñas ventajas para las personas con distintas realidades, puede tratarse de descuentos a la hora de pagar impuestos o precios de ocio, pero también se pueden ver esas medidas en la legislación laboral donde se ofrece una especial protección a los trabajadores.

Por otro lado, consideramos que en su caso puede ser afectado el derecho a la intimidad. Este derecho reconoce a todas las personas la protección sobre determinada información privada de cada uno. En su caso concreto, esto se traduce en que usted tiene derecho a no compartir si no quiere con nadie información relativa a su estado de salud.

2. Problemas en el entorno laboral relacionados con la salud del trabajador.

En el caso especial del entorno laboral, usted debe saber que ni sus jefes ni compañeros de trabajo deben tener ninguna información relativa a su salud, en consecuencia, no tiene la obligación de compartirla. La legislación española que regula las relaciones laborales dice que el trabajador debe garantizar unas medidas de seguridad y salud en el trabajo, en este sentido los empresarios pueden hacer un seguimiento de la salud de los trabajadores, pero nunca van a saber detalles sobre estos, es decir, si un trabajador comparte su historia clínica con el médico que le realiza el reconocimiento, este profesional le dirá al jefe de este trabajador que es apto o no para trabajar, pero nada más.

Si en el entorno de trabajo las personas con las que realiza las labores habituales obtienen información relativa a su salud y empiezan a ejercer presión sobre usted, es decir, comentan su situación, le agreden, se ríen de usted, intentan perjudicarlo de cualquier manera, etc. los responsables (sus superiores o jefes) deben tomar cartas en el asunto y tomar las medidas disciplinarias que correspondan. Si éstos también participan intentando ejercer cualquier tipo de presión sobre usted, posiblemente estén cometiendo una infracción muy grave que lleva aparejadas sanciones por parte de la administración pública.

En todo caso nosotros le recomendamos que intente conservar todas las pruebas posibles que demuestren esos comportamientos por parte de sus compañeros o superiores, se trata de que intente guardar todas las conversaciones que tenga a través de mensajes de texto o SMS, correos electrónicos o cartas si usted forma parte de la conversación de este tipo puede grabarla. También puede intentar hablar con personas de confianza que hayan presenciado en algún momento comportamientos de este tipo. También son válidos todo tipo de documentos que puedan demostrar esas actitudes, por ejemplo, si como consecuencia de esos tratos ha tenido que pedir varios días de baja a su médico de cabecera, deberá conservar esos documentos.

3. Tipos de despidos en España.

La legislación española contempla como forma de extinción del contrato de trabajo el despido del trabajador. Los despidos pueden ser colectivos, cuando afectan a una pluralidad de trabajadores o pueden ser individuales cuando afectan a uno o a unos pocos. En este último caso, existen varios tipos de despidos:

En primer lugar, el despido por causas objetivas, este tiene lugar cuando a partir de causas imputables al trabajador, el empresario toma la decisión de despedirle. Por ejemplo, cuando el trabajador no cumple con las funciones de trabajo

En segundo lugar, el despido disciplinario, cuando el trabajador incumple reiteradamente el contrato, por ejemplo, cuando acumula faltas injustificadas, no es disciplinado, o agrede a los compañeros.

Finalmente, el empresario tiene la libertad de prescindir de un trabajador en cualquier momento, sin embargo, si toma tal decisión deberá indemnizar al trabajador.

Cualquier forma de despido lleva aparejada una calificación, existen tres calificaciones posibles:

-Procedente, cuando el despido es válido porque cumple con las formalidades y está justificado;

- Improcedente, cuando está justificado, pero no cumple con las formas adecuadas para que sea válido (por ejemplo, se notifica, pero no se explica en la carta de despido las causas por las que se toma esa decisión);

- Nulo, tiene lugar cuando la causa por la que se toma esa decisión es discriminatoria o está prohibida, además de otras causas menos relevantes en su situación.

Nos ha comentado que desgraciadamente le han notificado a través de una carta su despido, independientemente del tipo que sea a priori nosotros consideramos que podría tratarse de un despido nulo, puesto que como ha comentado, desde que han tenido noticia de su estado de salud la postura de su jefe ha cambiado y han empezado a ejercer presión sobre usted. Como ya le comentamos anteriormente, este tipo de trato como es el acoso o “mobbing” constituye un trato discriminatorio injustificado y si el despido se fundamenta sobre este, deberá ser declarado nulo. Lo difícil en este momento es demostrar que efectivamente se ha estado produciendo esa presión sobre usted.

Para terminar, si el tribunal declara que ha sido un despido nulo el empresario tendrá la obligación de readmitirle y abonarle los salarios que ha dejado de percibir. Si fuera declarado improcedente, el empresario tendrá dos opciones, o readmitirle de nuevo, o abonarle una indemnización equivalente al salario de 33 días por cada año que hubiera trabajado para la empresa, con un máximo de 24 mensualidades.

Esperamos que la información que le enviamos le sea de gran ayuda y si tuviera alguna duda no tenga inconveniente en volver a contactarnos.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

Y en este caso (CESIDA-2021-13) se podría estar produciendo una situación de *mobbing* por razón del estado serológico de una persona.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es un hombre VIH positivo desde hace 7 años en tratamiento. Trabaja en una barbería y denuncia el maltrato que sufre, en presencia de otras personas, por parte de un compañero por su condición de salud, aunque menciona que en ocasiones anteriores ya sufrió insultos relativos a su orientación sexual. Pide ayuda para evitar que ese compañero pueda volver a agredirle o hacerlo a otra persona en un futuro.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

-. Estimado usuario: estamos trabajando en su caso desde la Clínica Legal de Alcalá y le escribimos para hacerle una pregunta que consideramos que podría tener una especial relevancia desde el punto de vista legal. Como ha dicho, su compañero de trabajo tiene conocimiento de su estado serológico ¿Sabe usted como se ha enterado esta persona de estos datos relativos a su salud? Un saludo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. España Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311: Art. 14 (igualdad); Art. 15 (integridad física y moral, no tratos degradantes); Art. 18 (derecho a la intimidad); Art. 10 (dignidad de la persona)

-. Unión Europea. DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico: art. 2.3 (acoso como forma de discriminación).

-. España. 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: art. 4 (derechos de los trabajadores); art. 50 (indemnización por despido); art. 54.2 g) (despido disciplinario por acoso).

-. España. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: título segundo (derechos básicos de las víctimas).

-. España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: art. 7 (derecho a la intimidad).

- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.: art. 147 (delito de lesiones); art. 169 (delito de amenazas); art. 208 (delito de injurias)
- España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: art. 1 (protección civil del derecho a la intimidad); art. 7 (divulgación de hechos relativos a la vida privada es una intromisión en la intimidad).
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: art. 1092 (obligaciones civiles nacidas de delitos); art. 1902 (reparación del daño causado).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 196/2004 de 15 noviembre:

Resumen de los hechos: Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora (agente administrativa) de la empresa Iberia, LAE, SA. Por la extinción de la relación laboral adoptada por la empresa tras el examen médico en el que no se informó a la trabajadora del objeto del análisis, de ser informada no habría aceptado que la realizasen el mismo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Sexto

- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 204/1997 de 25 noviembre:

Resumen de los hechos: se trata de un trabajador que estuvo realizando unas afirmaciones sobre el medio de comunicación en el que estuvo trabajando y que podrían constituir un delito de injurias por afectar a la imagen pública de dicho medio de comunicación. Se debate si es una manifestación de la libertad de expresión o si por el contrario estamos hablando de un delito de injurias.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico segundo.

- Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 107/1988 de 8 junio:

Resumen de los hechos: se trata de una persona que ha realizado unas expresiones a la figura del rey y el ejercito y se debate si pudieran ser constitutivas de delito o por el contrario se trata de una manifestación del derecho de expresión.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico segundo

- España. Tribunal Constitucional Sentencia núm. 231/1988 de 2 diciembre:

Resumen de los hechos: en el supuesto se trata de una empresa que ha difundido vídeos de la vida privada de una figura pública como es un torero tras su muerte.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico tercero.

- España. Tribunal Constitucional Sentencia núm. 114/1984 de 29 noviembre:

Resumen de los hechos: un trabajador denuncia que su despido se fundamentó en una prueba obtenida ilícitamente, se trata de una grabación que no consintió, sin embargo, la persona que estaba grabando era parte activa de la conversación. Se cuestiona si ese hecho vulnera el secreto de las comunicaciones

Ha sido utilizado el fundamento jurídico séptimo.

-. España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 616/2008 de 21 julio:

Resumen de los hechos: Se trata de una trabajadora que ha sufrido acoso en su puesto de trabajo que consistía en la privación de los instrumentos para el desempeño del trabajo principalmente.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico noveno y decimocuarto.

-. España. Tribunal Superior de Justicia TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 616/2006 de 20 abril:

Resumen de los hechos: demanda interpuesta por una trabajadora por sufrir en reiteradas ocasiones intemperancias por parte de uno de sus compañeros de trabajo. Consideró que estaba sufriendo acoso laboral y exige una indemnización.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico sexto.

Respuesta fundamentada

En primer lugar, debemos agradecerle la confianza que ha depositado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá al compartir con nosotros su situación, procuraremos aclararle dudas sobre sus derechos y explicarle las acciones que puede llevar a cabo.

ÍNDICE

1. Dignidad de la persona y derecho la intimidad.
2. Derechos laborales en relación con el VIH.
3. Delitos recogidos en el código penal.
4. Medios de prueba.
5. ¿Se puede exigir indemnización?

1. Dignidad de la persona y derecho la intimidad.

En España hay establecido un sistema jurídico que garantiza una serie de derechos a las personas con el fin de conseguir la libertad, seguridad y el bienestar de todos los ciudadanos. La norma más importante que recoge estos derechos es la constitución y éstos son desarrollados por numerosas otras leyes para ofrecer una protección de estos derechos cada vez mayor.

En relación con su caso, antes de enfocar cuales son exactamente los comportamientos que se pueden denunciar, consideramos oportuno explicarle los derechos que usted

tiene derivados de su estado serológico. En primer lugar, tal y como usted probablemente sepa, gracias al avance de la ciencia y de la técnica, las personas VIH positivo tienen la posibilidad de llevar una vida completamente normal siguiendo el tratamiento médico que corresponda. Esto supone que cuando se habla de personas VIH positivo no se tenga que relacionar necesariamente con un trato diferente.

En segundo lugar, tiene unos derechos específicos en relación con su estado serológico. Al ser un tema relacionado con su salud adquiere gran importancia su derecho a la intimidad. Cualquier asunto relacionado con este ámbito forma parte de su intimidad y como tal, es información que debe estar protegida. Por tanto, es usted quien decidirá si compartir libremente esta información y con quien. Según la interpretación de los jueces de lo que se debe entender como intimidad, se trata de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, es decir, una información que forma parte de nuestra vida, que los demás en principio no deben conocer y, en todo caso, no pueden divulgar libremente.

Tal y como venimos diciendo, en España se trata de garantizar un vida libre y digna a todos los ciudadanos. En su caso concreto, eso se traduce en que usted no tiene por qué soportar comportamientos que le hagan daño, le menosprecien o le traten de manera diferente por su condición de salud, ni tampoco por ninguna otra condición.

Para ello, se trata de crear determinados mecanismos para evitar estos comportamientos o para actuar en caso de que se estén sufriendo unas circunstancias como son las suyas. A continuación, le vamos a explicar su situación desde varios puntos de vista del derecho.

2. Derechos laborales en relación con el VIH.

Hay una parte del Derecho que se encarga de regular las relaciones de trabajo, tanto entre el trabajador y la persona que le contrata como entre los propios trabajadores.

En este sentido, por un lado, todos los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados por ninguna razón. Desde luego hay que puntualizar este aspecto dado que sí que se permite en España un trato diferenciado entre personas siempre que se reúnan determinados requisitos. Se deberá justificar la necesidad y la adecuación de ese trato diferenciado para conseguir un objetivo.

Si previamente no se ha fundamentado correctamente la necesidad y la adecuación de ese trato, estaremos ante una discriminación, que se traduce en un tratamiento que sería lesivo y vulneraría su derecho.

Por otro lado, también tiene derecho a que se respete su intimidad y se le trate con la debida dignidad. En su caso, el comportamiento de su compañero con actitud violenta, tanto física como verbal, afecta directamente a ese trato digno al que usted tiene derecho.

Cuando a un trabajador se le trata (tanto cuando lo hace el jefe como cuando lo hacen sus compañeros) con menosprecio, degradación, hostigamientos o cualquier otro comportamiento que sea dañino estaríamos hablando de un posible caso de acoso laboral (también denominado mobbing). En relación con ello, debemos de advertirle

que es una cuestión complicada de demostrar ante el tribunal ya que según los diferentes tribunales se ha establecido que debe ser reiterada, esto quiere decir que se debe llevar produciendo repetidas veces durante un prolongado periodo de tiempo por lo que no vale que el acoso tenga lugar durante varias semanas u ocasionalmente durante el año sino que debe existir durante varios meses ininterrumpidamente; y grave, esto quiere decir que no vale con simples comentarios o gestos que puedan ofender sino que debe haber una intención real de querer hacer daño a la persona que se está ofendiendo, nos detendremos sobre la cuestión de la prueba mas adelante en el apartado cuarto sobre los medios de prueba en su caso. A pesar de ello, aunque el tribunal no considere que haya acoso laboral, lo que es seguro es que usted no debe soportar ese trato o los comentarios por parte de su compañero de trabajo.

Ante esta situación lo primero que deberá hacer es reunirse con su jefe (la persona que le haya contratado) y explicarle la situación para que tome cartas en el asunto e inicie las acciones disciplinarias correspondientes. La máxima sanción que puede llegar a imponer será el despido disciplinario si se dan razones suficientes para demostrar que le ha estado acosando. Si su jefe no le da ninguna importancia la responsabilidad recaerá tanto sobre su compañero como sobre su jefe por no garantizar un adecuado ambiente de trabajo ni prevenir los riesgos que puedan existir en el trabajo.

La persona que le haya contratado tiene la obligación de garantizar una adecuada política de prevención de riesgos en el trabajo. Dado que en su caso existe un riesgo debido a que su compañero se dirigió a usted en actitud amenazante, como si fuera a agredirle físicamente, además de las agresiones verbales que le ha dirigido, su jefe tiene la obligación de solucionar la situación. Si no lo hiciera la primera solución antes de acudir ante los tribunales será interponer una denuncia ante la Inspección de Trabajo para que actúe imponiendo las sanciones correspondientes además de obligar al empresario a dar solución a este asunto. Encontrará más información sobre cómo hacerlo en el siguiente enlace del ministerio de trabajo: https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/COMO_DENUNCIAR_ITSS.html

3. Delitos recogidos en el código penal.

En relación con los posibles delitos ante los que nos podemos encontrar en su caso, en primer lugar, cuando su compañero de trabajo tenga una actitud violenta hacia usted en la que pueda observar que corre riesgo de ser agredido físicamente estaríamos ante un posible delito de lesiones. Por lo que usted debe saber que cualquier golpe, agarre, empujones fuertes.... al ser posibles delitos son denunciables ante las autoridades policiales. También si su compañero le causa alguna lesión con algún objeto o incluso si le intimida con él, puede ser constitutivo de delito de lesiones o amenazas.

Si se encuentra en algún momento en una situación en la que considere que puede sufrir lesiones o, si las llegara a sufrir, no dude en denunciarlo a las autoridades policiales que se harán cargo de la investigación sobre lo ocurrido y pondrán los hechos a disposición de las autoridades judiciales competentes. En todo caso, cuando denuncie ante las autoridades policiales, será asesorado en detalle, previamente a la denuncia, de sus derechos, de las posibles medidas de protección que pueda solicitar, de las ayudas

y servicios auxiliares, de la posible indemnización, etc. Durante el proceso también tendrá derecho a ser informada que autoridades están trabajado en su caso y como va el procedimiento.

Recuerde que, aunque no sufra lesiones (golpes, arañazos, empujones fuertes, etc.) los hechos pueden ser constitutivos de delitos de amenaza o, intento de lesiones que son acciones que igualmente están prohibidas y penadas.

Por otro lado, nos encontraríamos ante las agresiones verbales que usted ha estado sufriendo. Todas las ofensas que su compañero dirija hacia usted pueden ser constitutivos de delitos de injurias. Se trata de expresiones que pretenden lesionar su dignidad afectando a su imagen pública, esto es la forma en que le perciben los demás, además de afectar igualmente a su intimidad. En especial debemos detenernos a explicarle que, aunque las expresiones que ha estado realizando su compañero sean verdad (que exprese públicamente su estado serológico) pueden ser igualmente constitutivas de delito de injuria.

Le remarcamos especialmente este punto debido a que en España cuando alguien expresa información veraz pero afecta negativamente a la imagen pública de otra persona o institución hay que analizar si estamos ante una manifestación del derecho a la libertad de expresión antes de calificarlo como delito de injuria.

En su caso, las expresiones que utiliza su compañero de trabajo, aunque son ciertas, lo que pretenden es lesionar y menospreciar su imagen, además de revelar datos íntimos suyos (como es su estado serológico) e intentar denigrarle, por ello debemos entender que no forman parte de la libertad de expresión de esta persona, sino que pueden ser constitutivos de delito y, como tal, denunciables ante las autoridades policiales.

4. Medios de prueba.

Tanto si hablamos de un proceso judicial desde el punto de vista laboral como si es desde el punto de vista penal adquieren esencial importancia los medios de prueba que dispongamos para demostrar lo que estemos denunciando.

Los primeros medios para probar los hechos que usted alegue serán su declaración y la de su compañero de trabajo. Sin embargo, es importante que tenga en cuenta las personas frente a las que su compañero actúa de esa manera, porque serán los potenciales testigos para ayudar a confirmar los hechos que usted alegue. Tendrá que preguntar a aquellas personas si estarían dispuestas a describir las expresiones o los actos de su compañero de trabajo cuando se dirige a usted. Podrán ser los propios clientes, otros compañeros de trabajo, su jefe, etc., cualquier persona que presencie los hechos.

Por otro lado, cualquier comunicación que usted reciba deberá guardarla. Como ha dicho, su compañero utiliza expresiones ofensivas, pero es posible que también lo haga a través de algún otro medio, esto puede ser, escrito en un papel, a través de mensajes en cualquier aplicación del móvil (tanto escrito como si le envía audios de voz o incluso vídeos), llamadas, correos electrónicos y cualquier otro medio. Es importante que usted guarde cualquier comunicación, si es una llamada pues grábela, si son mensajes haga

pantallazos de todas las conversaciones, descargue los mensajes de audio o vídeos que le envíe. Todo ello ayudara a describir los hechos que usted denuncie más adelante.

Otro medio de prueba muy importante son las grabaciones, aunque debe tener cuidado porque grabar a una persona puede afectar a su intimidad. Usted podrá grabar una conversación siempre que forme parte de esta, y preferentemente que sea una grabación de imagen y voz para que se pueda identificar sin problema a la persona que realiza las manifestaciones. Nunca grabe sin estar presente en la conversación dado que en ese caso las grabaciones no podrán ser utilizadas como medio de prueba.

En el caso de que necesite cualquier tipo de asistencia de un profesional médico es importante que conserve todos los informes donde consten los hechos que han provocado que haya tenido que ir al médico y las consecuencias de esos hechos. Si tuviera que estar de baja durante un tiempo como causa del comportamiento de su compañero también valdrá como prueba todos los informes que le hayan dado. Finalmente tendrán especial importancia los informes psicológicos que pueda aportar.

5. ¿Se puede exigir indemnización?

Si nos encontramos efectivamente ante un acoso moral podremos pedir una indemnización. La indemnización es una herramienta que de alguna manera va a intentar reparar el daño moral que ha estado sufriendo y se considera como responsabilidad extracontractual según el Código Civil. Es muy difícil cuantificar la cantidad que se le debe indemnizar porque dependerá del acoso que haya sufrido. Habría que ver cómo actúa el empresario frente a la actitud por parte de su compañero para ver si sería responsable únicamente su compañero o por el contrario serían ambos responsables.

Para cuantificar el daño que se le haya producido se tendrá en cuenta el número de días que permanezca de baja como causa del acoso a efectos de indemnización por el despido. Por otro lado, se tendrá en cuenta el daño moral producido, las secuelas que se produzcan como consecuencia del acoso (que se podrá cuantificar utilizando las tablas indemnizatorias para los seguros de coche), la duración del acoso, etc.

Usted debe saber que será posible solicitar una indemnización por el acoso sufrido, aunque la cantidad a pedir dependerá de muchos factores que habría que estudiar en el momento de exigirla. Aunque hay casos en los que se puede acudir al juez sin abogado (por ejemplo, los procesos a través de la vía laboral que es la que regula la relación que tiene usted con su empresario; o los procesos civiles, en su caso la indemnización, donde la cuantía que se pide es menor a 2000 euros) nosotros le recomendamos que intervenga asistido de abogado dado que de esta manera incrementará las posibilidades de que su pretensión sea estimada por el juez.

Esperamos que la información que le compartimos le sea de gran ayuda y le deseamos suerte en su caso. Si a pesar de todo tuviera alguna cuestión que quiera aclarar no dude en ponerse en contacto con nosotros e intentaremos aclarársela.

En 2021 hemos recibido dos consultas (CESIDA-2021-44 y CESIDA-2021-66) que afectan a personas con VIH que trabajan en el ámbito de la seguridad privada. Como ya hemos señalado en otros informes, la legislación vigente aplicable a ese ámbito mantiene una discriminación directa hacia las personas con VIH pues les impide obtener o renovar el permiso de armas, que es un requisito imprescindible para obtener el carnet profesional.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Nos encontramos ante un usuario que lleva doce años trabajando de vigilante de seguridad sin arma. Acude a la Clínica Legal para preguntar acerca del Real Decreto por el que se excluye a las personas con VIH para la obtención de la licencia para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

- . ¿Cuándo obtuvo la licencia y cuándo comenzó a trabajar de vigilante de seguridad?
- . ¿Cuándo conoció el diagnóstico de VIH?
- . ¿Cuándo tiene que renovar la licencia?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Artículo 35. Derecho a la libre elección de profesión y oficio.

-. España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, núm. 157.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, de 12 de enero de 1996, núm. 11.

-. España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, núm. 167.

- . España. Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de abril de 2014, núm.83.
- . España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de octubre de 2015, núm. 236.
- . España. Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de enero de 1995, núm. 8.
- . España. Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 1998, núm. 289.
- . España. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de febrero de 2019, núm. 44.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el juicio de igualdad:
 1. Sentencia 22/1981, de 2 de julio, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 20 de julio de 1981. Fundamentos Jurídicos 3 y 9.
 2. Sentencia 117/1998, de 2 de junio, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 158, de 3 de julio de 1998. Fundamento Jurídico 4.
 3. Sentencia 200/2001, de 4 de octubre, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 266, de 6 de noviembre de 2001. Fundamento Jurídico 8.
- . Sentencia del Tribunal Supremo 1678/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7, de 7 de abril de 2015.
- . Sentencia de la Audiencia Nacional 1908/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 26 de abril de 2017.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Antes de comenzar, queremos agradecerle por la confianza que ha depositado en la Clínica Legal, y por brindarnos la oportunidad de aprender y adquirir habilidades mediante el estudio de un caso real. Su consulta la hemos dividido en partes que explicaremos a continuación.

Índice

1. Legislación de seguridad privada
2. ¿Es una norma contraria a derecho?
3. Vías de reclamación
4. Conclusiones

1. Legislación de seguridad privada

La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada establece que, para poder ser personal de seguridad privada, y, por tanto, desempeñar funciones de este ámbito, se requiere una previa habilitación por parte del Ministerio del Interior. Para ello, se necesita cumplir una serie de requisitos recogidos en el artículo 28 de la ley, entre ellos se incluye poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias para el ejercicio de las funciones, así como estar en posesión de la formación previa requerida en el artículo 29.

Además, la ley se remite al Reglamento de seguridad privada estableciendo que deberán cumplirse los requisitos específicos en él contenidos, que dependen del cargo que se pretenda ejercer. Concretamente, para el caso de vigilante de seguridad, los requisitos específicos incluyen no haber cumplido los cincuenta y cinco años de edad y cumplir con los requisitos necesarios para poder portar y utilizar armas de fuego.

Por otro lado, el Real Decreto 2487/1998 por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, establece que no podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psicofísicas les impidan su utilización. Además, su artículo 4 dispone que necesitarán someterse a estas pruebas todas las personas que pretendan obtener o renovar cualquier licencia o autorización de tenencia y uso de armas, y aquellas que deseen obtener la habilitación necesaria para prestar servicios de seguridad privada o para continuar su prestación, como vigilantes de seguridad o como guardas particulares del campo en sus distintas modalidades, transcurridos los plazos de cinco y, en su caso, de dos años, establecidos en el artículo 85 y concordantes del Reglamento de Seguridad Privada.

Estas pruebas de aptitud psicofísica están destinadas a comprobar que no existe ninguna enfermedad o deficiencia que pueda suponer incapacidad para usar armas, o para prestar servicios de seguridad privada; están asociadas con la capacidad visual, auditiva, el sistema locomotor, trastornos hematológicos, etc. En su Anexo vienen recogidas con detalle todas las enfermedades y deficiencias. Para este caso, es de nuestro interés el Apartado XI, en el que se determina que el VIH impide la obtención de la licencia para la seguridad privada.

Como ejemplo encontramos la Sentencia 1908/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 26 de abril de 2017, en la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una persona con infección por el VIH contra la resolución del Director General de la Policía, por delegación del ministro

del Interior, con fecha en 28 de septiembre de 2015, por la que se acordaba la cancelación de su habilitación como vigilante de seguridad.

En la sentencia, el demandante alegó que la resolución carecía de motivación, ya que, ni siquiera se citaba el Real Decreto 2487/1998; así que, el tener alguna enfermedad no era suficiente para cancelar la habilitación. Por lo tanto, el demandante no se encontraba impedido para ejercer las funciones de seguridad privada, afirmación que también estaba expresada en un certificado médico. Además, alegó que ser portador del VIH no suponía ninguna limitación ni física ni psíquica que fuera incompatible con el trabajo como vigilante de seguridad. Por lo que, la resolución incurría en lesión del derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación por motivos de salud.

Por otro lado, el Abogado del Estado alegó que en la resolución impugnada se especificaba que el demandante fue declarado no apto en un reconocimiento médico efectuado el 18 de marzo de 2015, diagnosticándole que poseía una condición médica restrictiva que no admitía renovación consistente en VIH. Por lo que, siguiendo con la Ley y el Reglamento de Seguridad Privada, se declaró extinguir la habilitación de Vigilante de Seguridad al demandante.

Además, alegaron que constituía un hecho incontrovertido que el recurrente padeciera VIH, ya que, dicha patología estaba contemplada en el Real Decreto 2487/1998 como enfermedad que impedía el ejercicio del cargo de seguridad privada, y así se le indicaba expresamente en la resolución impugnada.

Por lo que, la sentencia concluyó desestimando el recurso, estableciendo que no existía discriminación alguna, ni las vulneraciones denunciadas, de la propia Ley de Seguridad Privada, y de la CE.

También es interesante mencionar el caso que resolvió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia 1678/2015, de 7 de abril, en el que se excluyó a una persona por el simple hecho de haber sido diagnosticada con daltonismo, lo cual estaba incluido como causa de exclusión entre las anomalías en la visión de las oposiciones al Cuerpo Nacional de Policía.

En ella, se dijo lo siguiente “razonando desde el principio de proporcionalidad -que ha de estar presente cuando de la aplicación de normas restrictivas se trata- puede muy bien considerarse que esas precisiones concretas respecto de particulares causas de exclusión obedecen a la necesidad de fijar umbrales claros en esos casos y no a que sean estos los únicos que admiten graduación o apreciación del nivel de la afección.

Sentado, pues, el criterio de que las causas de exclusión han de considerarse en función de si, efectivamente, inhabilitan para el ejercicio de los cometidos propios, en este caso, de un Cuerpo de Policía Local, es cierto que la sentencia ahora impugnada ha prescindido de esa comprobación que, sin embargo, es imprescindible”.

Por lo tanto, consideraron que no procedía la aplicación de la causa de exclusión controvertida.

2. ¿Es una norma contraria a Derecho?

En primer lugar, el artículo 14 de la Constitución Española recoge el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, entendida ésta como el trato diferente y desfavorable a una persona por un motivo que es irrelevante para los fines perseguidos; y el artículo 35 CE recoge el derecho a la libre elección de profesión y oficio.

Sin embargo, es importante destacar que ninguno de los derechos reconocidos en la Constitución es absoluto, ya que, todos pueden ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes. De esta forma, la Constitución no prohíbe el trato diferenciado, pues cabe que esté justificado y sea razonable si supera un juicio de igualdad y proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

La exclusión de las personas con VIH supone un trato diferenciado que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 22/1981, FFJJ 3 y 9; 117/1998, FJ 8; y 200/2001, FJ 4), para no ser discriminatorio deberá estar justificado porque sea idóneo, necesario y proporcional para proteger la salud pública. Así, la norma debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido; necesaria puesto que no existen otras medidas menos gravosas; y proporcional para que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

En este sentido, deberá determinarse si el estado serológico es o no relevante para justificar el trato diferenciado que consiste en denegar la licencia de armas para ejercer actividades profesionales de seguridad privada.

En cuanto a la limitación del derecho a la libre elección de profesión, el Tribunal Constitucional ha establecido que debe apoyarse, en las exigencias de legalidad, necesidad, proporcionalidad, respeto del contenido esencial y control judicial o motivación de la decisión restrictiva administrativa. Por lo tanto, el derecho a la libre elección de profesión sólo puede ser limitado para proteger la salud pública (art. 43.2 CE).

Sin embargo, esta limitación afecta al contenido esencial del derecho pues esto no se puede justificar por razón de orden público, seguridad y salud pública, ya que, tanto el conocimiento médico-científico sobre las vías efectivas de transmisión del VIH, como los métodos eficaces de prevención de la transmisión, los avances en el tratamiento antirretroviral del VIH y la evidencia científica han demostrado que una persona con VIH que mantenga la carga viral indetectable gracias al uso continuado del tratamiento antirretroviral no transmite el virus; además, es totalmente capaz de realizar todas las funciones que deben desempeñar los vigilantes de seguridad, los escoltas privados o los guardas rurales.

Por lo que, aquí el trato diferenciado es discriminatorio pues no es ni necesaria ni proporcional. La medida podría ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido, esto es la protección de la salud pública. Sin embargo, dicha medida no es necesaria, en el sentido de ser imprescindible o la única que puede adoptarse, pues existen otras medidas que imponen un sacrificio menor y son igualmente aptas para alcanzar dicho fin. La exclusión tampoco es proporcional, ya que, de la limitación del

derecho y del trato diferenciado no se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. El sacrificio impuesto resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos.

Cabe destacar que las Medidas Universales de Prevención de la Transmisión (MUPT) permiten desarrollar el principio de igualdad, ya que, implica que todas las personas son iguales en la percepción del riesgo y que todas deben ser tratadas de forma similar. Las MUPT se componen de un conjunto de normas que van desde normas de higiene personal (los cortes y heridas siempre se deben cubrir con apósitos impermeables; las lesiones cutáneas de las manos se cubrirán con guantes; lavado de manos con agua y jabón líquido) hasta los elementos de protección de barrera que deben usarse (guantes, mascarillas, protectores oculares y batas para prevenir la exposición a sangre, fluidos corporales conteniendo sangre y otros fluidos).

Así, en el caso de los reconocimientos médicos en el ámbito laboral, el empresario tiene limitada su potestad para imponer un reconocimiento médico y que, incluso si el reconocimiento se considera obligatorio, deberá justificar en el caso concreto la indispensabilidad de hacer la prueba de detección del VIH; que sólo será indispensable si no existen medidas alternativas de menor impacto en el contenido del derecho para la consecución de un interés preponderante. De esta manera, sólo podrá imponerse la realización de las pruebas del VIH cuando la adopción de las MUPT no sea suficiente para evitar un riesgo cierto o una situación de peligro en la salud de terceras personas. En todo caso, en los casos en que exista la obligación de declarar el estado serológico, la solución deberá centrarse en analizar hasta qué punto el VIH es compatible o no con las tareas esenciales del puesto de trabajo que se está realizando.

A ello se suma, la eliminación de la exclusión de las personas con VIH en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, tal y como se dispone en el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 30 de noviembre de 2018 y recogido en el artículo primero de la Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público. En concreto, el Acuerdo propone eliminar el VIH, la diabetes, la enfermedad celiaca y la psoriasis de las causas genéricas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público y, en consecuencia, promover la modificación, por los departamentos ministeriales competentes, de aquellas normas reglamentarias que contemplen estas y otras enfermedades como causa de exclusión al empleo público.

Es por ello que, desde la Clínica Legal consideramos que es necesario reformar las normas jurídicas que regulan el acceso a la profesión de vigilante de seguridad, escolta privado o guarda rural, ya que, no han demostrado que el hecho de ser positivo en VIH afecte al desempeño de dichas profesiones. Además, no tienen en cuenta los grandes avances en el tratamiento antirretroviral del VIH de la última década, ni el incremento en la esperanza o calidad de vida de las personas con VIH con carga indetectable. Por todo ello, la norma no tiene justificación razonable y debería, en principio, ser declarada inconstitucional o contraria a Derecho.

3. Vías de reclamación

En consecuencia, es nuestro deber informarle de las posibles vías de reclamación. Primero, es importante destacar que, aunque un reglamento sea contrario a Derecho, por ser discriminatorio o cualquier otra causa, mientras un tribunal no declare su invalidez, debe ser obedecido por todos sus destinatarios. De esta forma, los órganos de la administración se ven obligados a aplicar este precepto y, por tanto, negarán la renovación para poder ejercer el cargo.

Sin embargo, el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que “serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Lo que nos indica, que son susceptibles de ser impugnadas. Para ello, existen dos vías: la directa y la indirecta.

En cuanto a la directa, se puede interponer un recurso directo ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra la disposición general que se considera ilegal. Este tipo de recurso se refleja en el recurso contencioso-administrativo, tal y como establece el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), “es admisible en relación con las disposiciones de carácter general (...) de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

El plazo para la interposición de este recurso es de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el acto. En este caso, no se puede recurrir por esta vía, ya que, el plazo ha finalizado.

En cuanto a la indirecta, los actos dictados en aplicación de la disposición reglamentaria presuntamente contrarios a derecho pueden ser recurridos a través de un recurso indirecto, cuyo fundamento será que tales disposiciones no son conformes a Derecho (artículo 26 LJCA). Esta vía se convierte en la única posibilidad de impugnación, ya que, este tipo de recurso no se encuentra delimitado por ningún plazo.

Es importante destacar que, aunque el objeto del recurso sea el acto en aplicación del Reglamento, también se puede conseguir la total anulación de éste mediante lo establecido en el artículo 27 LJCA.

Si los recursos administrativos no satisfacen las pretensiones, se puede interponer el recurso de amparo previsto en el artículo 53 de la Constitución para la tutela de los derechos y libertades, entre los que se incluye el artículo 14 de la misma, referentes a

la no discriminación. En este recurso judicial, que tendrá carácter sumario y preferente, se alegará nuevamente que el Real Decreto es contrario a derecho siguiendo el juicio de igualdad del Tribunal Constitucional y se instará al tribunal a que lo inaplique, a tenor del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este recurso, regulado en los artículos 114 a 122 de la LJCA, debe interponerse en un plazo de 10 días desde la recepción de la resolución. Como su nombre indica, se resolverá de forma preferente y con mayor rapidez que un recurso normal.

En este tipo de recursos, es relevante conocer el papel del Ministerio Fiscal, ya que, su presencia es una exigencia. En todos los procesos, ya sean los especiales como en el orden contencioso administrativo o en el social o en la vía de protección por juicio ordinario en el orden civil, el Ministerio Fiscal debe defender siempre el interés público y los derechos fundamentales (art. 119 LJCA y siguientes). Además, el Ministerio Fiscal junto con el Defensor del Pueblo pueden interponer recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales (art. 162.1.b) CE).

Por último, cabe destacar que este tipo de recursos exigen estar representados por procurador y abogado. Por lo que, creemos conveniente informarle acerca de la posibilidad de solicitar un/a abogado/a del Turno de Oficio. El Turno de Oficio es un servicio que ofrecen los Colegios formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio. La solicitud puede presentarse antes o después de iniciado el juicio. En el caso de que sea antes, deberá hacerlo en el juzgado o en el Colegio de Abogados más cercano a su domicilio. Si se hace después, se debe solicitar directamente al juez.

Por otra parte, también existe la posibilidad de beneficiarse de la Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se establece que tendrán derecho a Asistencia Jurídica Gratuita aquellas personas cuyos ingresos brutos anuales no superen las siguientes cantidades:

- Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar. (1242 € mensuales)
- Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en algunas de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros. (1553 € mensuales)
- El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros. (1863 € mensuales)

Sin embargo, el artículo 5 de esta Ley recoge un reconocimiento excepcional del derecho atendiendo a las “circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional”.

Por lo tanto, al estar el procedimiento judicial relacionado con el VIH podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita, para ello, en la solicitud deberá indicar cuáles

son las prestaciones que pide y se harán constar, acompañando los documentos necesarios para su acreditación, los datos que permitan apreciar su situación económica y la de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere. La solicitud podrá presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

4. Conclusiones

La normativa de seguridad privada sigue sin permitir a las personas con VIH obtener la habilitación necesaria para prestar servicios de seguridad privada, ya que, el Real Decreto de 1998 lo sigue recogiendo como una causa de exclusión. Desde la Clínica Legal consideramos que, por todos los motivos expuestos en el apartado dos, hoy en día la normativa no tiene ninguna justificación razonable y debería, en principio, ser declarada inconstitucional o contraria a Derecho, por lo que, si desea reclamar, en el apartado tres encuentra las posibles vías para hacerlo.

Esperamos que esta información le sea de utilidad,
Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

En 2021 también se han sucedido los casos de discriminación en el ámbito de la contratación de seguros, a pesar de la reforma legal realizada en 2018. En los tres años naturales en que está vigente la reforma de la Ley de Contrato de Seguros se han recibido 1111 consultas en la Clínica Legal de la UAH, de las cuales 143, lo que equivale al 12,87%. La casuística es muy variada, pero podría reconducirse a las siguientes categorías: denegaciones integrales; rechazo de la cobertura complementaria por incapacidad permanente absoluta; dudas sobre la necesidad de declarar el VIH en el formulario previo o la obligación de realizarse un test de VIH como precondition necesaria para la contratación; liberaciones del pago de la prestación convenida por no haber declarado el VIH en el formulario de salud; y la inclusión de una sobreprima.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

Esta consulta ha sido planteada por una persona que ha sido rechazada en la contratación de un seguro de salud. Entiende que la razón es el VIH, pues no declaró ninguna otra cuestión en el formulario previo. Con esta base se pregunta qué puede hacer contra esta situación.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Constitución de 1978
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- “La contratación de seguros no obligatorios por parte de personas con el VIH”
http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VIHySeguros.pdf

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Una vez analizada su consulta, vamos a proceder a explicarle todos los puntos que a nuestro juicio resultan relevantes en este caso, para que usted pueda tener una visión general sobre el problema planteado y pueda valorarlo.

Fundamentación legal básica

En primer lugar, debe saber que la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, introdujo una disposición adicional quinta -DA 5ª- a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro -LCS- que dice lo siguiente: “se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

Podría parecer que esto impide a las aseguradoras tomar en cuenta el estado de salud del asegurado para ofertar el producto, pero en realidad esta disposición puede ser leída de la siguiente manera: “si existen causas justificadas, proporcionadas y razonables documentadas previa y objetivamente se podrá denegar el acceso a la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o imponer condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud”. Esta DA 5ª puede ser ampliamente criticada desde un punto de vista teórico desde una multitud de ángulos, pero operativamente la mejor alternativa para luchar contra esta situación es determinar si existen las causas legalmente previstas, pues solo en ese caso podrán los aseguradores rechazar la contratación. La razón principal detrás de la concesión de semejante importancia a estas

causas es que van a ser las que marquen la línea entre una diferenciación permitida en el ordenamiento jurídico y una discriminación contraria a éste.

Como puede apreciarse, la dicción literal de la DA 5ª no impone la obligación de las compañías de aportar esta justificación, pero esto parece implícito porque en cualquier otro escenario sería imposible controlar el cumplimiento de lo previsto en ella. Esta conclusión viene avalada por la Oficina de Atención a la Discapacidad que en la Recomendación R/1/18 consideró que “la denegación de contratación de un seguro (...) no puede realizarse simplemente por ser persona con discapacidad (léase también VIH), sino que debe estar debidamente justificada y dicha justificación debe realizarse en una comunicación escrita dirigida a quién ha solicitado el seguro, pero para ello debe regularse en la normativa. De manera que, en caso de denegación de cualquier seguro que no estuviere justificado por escrito, sea susceptible de ir a un procedimiento sancionador”. Es más, esta oficina en la Recomendación R/24/17 solicitó: «Que se regule, de forma más detallada, cómo debe justificarse –por parte de las empresas aseguradoras– la denegación de un seguro de vida o la imposición de condiciones más onerosas a las personas con discapacidad, sin que se permita dicha denegación o imposición de condiciones más costosas a la simple alusión, y sin más justificación, que la discapacidad del solicitante. Los protocolos de contratación no resuelven que a las personas con discapacidad se les deniegue la contratación de un seguro de vida y/o de cualquier tipo. Es necesario que se justifique por escrito, con todo detalle, el motivo de dicha denegación para, en su caso, acudir a la vía administrativa o judicial que corresponda». No obstante, pese a llevar esta Recomendación circulando desde el año 2015, no se ha conseguido avanzar en la materia.

Por lo tanto, como la compañía no ha aportado causas para rechazar su solicitud de contratación, debe saber que dispone de procedimientos extrajudiciales y judiciales para obtener éstas.

Procedimientos de reclamación

- Extrajudicial

Por una parte, el procedimiento extrajudicial comienza habitualmente con la presentación de una reclamación al Servicio de Atención al Cliente/Defensor del Cliente de la compañía aseguradora. Este servicio viene regulado en el artículo 97 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. En caso de obtener respuesta negativa o no obtener respuesta en el plazo de un mes -se discute si deben ser dos- puede acudir a presentar una reclamación ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones siguiendo las directrices del artículo 30 de la Ley 44/2002 y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

No obstante, siempre habiendo consultado de manera previa los plazos para interponer las acciones judiciales, podría considerar la posibilidad de acudir al Defensor del Pueblo estatal o si lo prefiere y en su Comunidad Autónoma existe, al Defensor del Pueblo autonómico. La presentación de una queja ante esta institución es gratuita, se puede realizar sin la intermediación de abogado o procurador y puede llevar a que se sugiera o recomiende a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que haga determinadas acciones encaminadas a esclarecer o solventar la situación que usted denuncia. Recomendamos este proceso debido a que esta institución lleva trabajando en el acceso a los seguros de personas con condiciones de salud preexistentes desde el año 1999, línea que se inició gracias a la queja de una interesada, y que la DA 5ª que antes explicábamos surgió de una queja planteada al Defensor del Pueblo Navarro por individuales y asociaciones que trabajan en el campo del VIH. En cualquier caso, tenga en cuenta que esta Institución no podrá actuar si el caso está pendiente de resolución por parte de los tribunales competentes. El enlace de reclamaciones al Defensor del Pueblo estatal es el siguiente: <https://www.defensordelpueblo.es/tu-queja/01-description/>

- **Judicial**

Por otra parte, el procedimiento judicial se canaliza habitualmente mediante la presentación de una demanda ante el orden jurisdiccional civil, cuyo proceso viene regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este proceso podría esgrimirse que existe una responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora por ruptura injustificada de los tratos preliminares al no venir la denegación avalada por las causas previstas en la Disposición Adicional 5ª LCS. Esta actuación es contraria a la buena fe prevista en el artículo 7 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil y esto deriva en la obligación de reparar el daño producido, pudiendo pedirse como compensación ser aceptado en el contrato de seguro.

De manera añadida, podría alegar que la compañía está incurriendo en una discriminación contraria al orden público constitucional, como son las indicadas en el artículo 14 de la Constitución. Si se produjese esta alegación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría pensarse en un juicio ordinario preferente y sumario que es teóricamente más rápido. No obstante, para valorar la iniciación de este proceso debe conocer que la resolución de éste podría acoger todas sus pretensiones, pero también generar una condena en costas -incluido el pago del abogado y procurador de la otra parte- si sus demandas no fuesen acogidas.

Asimismo, debe saber que existe un tipo en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al que podría acudir en caso de que no se encontrasen “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente” para la denegación del seguro. Este es el recogido en el artículo 512 del Código Penal y castiga con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años a aquellos que en el ejercicio de sus actividades empresariales denegaren a una persona por razón de enfermedad una prestación a la que tenga derecho – un ejemplo de este procedimiento lo puede encontrar en la Sentencia la Audiencia Provincial de Almería de 17 de octubre de 2017-. Este proceso

viene regido por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cualquier caso, debe tener en cuenta que es altamente probable que necesite asistencia letrada en los procedimientos judiciales, por lo que aconsejamos que, si no dispone de los recursos necesarios para costearlos, acuda al colegio de abogados más cercano a su domicilio pues ellos podrán informar en materia de asistencia jurídica gratuita. Si se plantea esta vía, debe saber que hasta que no se le asigne un abogado no tiene la obligación de informar de que ha sufrido una denegación en la contratación de un seguro de salud por razón de VIH, sino que para la designación será suficiente con exponer que considera que ha recibido un trato que podría ir en contra de la DA 5ª LCS.

- **Esquema del proceso (de extrajudicial a judicial):**

NOTA: Para el proceso extrajudicial aconsejamos pedir información sobre los plazos del proceso judicial. A título meramente ejemplificativo, informamos de que, si la queja del orden civil se canalizase mediante una responsabilidad civil extracontractual, el plazo para presentar la demanda es de un año.

1º Acudir al departamento de atención al cliente o defensor del cliente (art.29 Ley 44/2002, art.97 Ley 20/2015 y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras)

En caso de no obtener respuesta satisfactoria en uno o dos meses →

2º Acudir a la DGSFP (art.30 Ley 44/2002 y Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones)

En caso de no obtener respuesta satisfactoria con el 2º →

3º Acudir al Defensor del Pueblo. Las posibilidades de actuación de esta Institución respecto a las empresas privadas son muy limitadas, pero podría optar por pedir que se recomiende o sugiera a la DGSFP, ésta si incardinada dentro de la administración pública, que estudie la cuestión planteada.

En caso de no obtener respuesta satisfactoria con el 2º →

4º Proceso civil (DA 5ª LCS) (preferente y sumario: artículo 14 de la Constitución - igualdad y no discriminación- en conjunción con el artículo 249.1. 2º LEC) (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

O (en principio se constituyen como vías alternativas, pero en el proceso civil no puede haber condena penal y en el proceso penal si se puede incluir la responsabilidad civil)

5º Proceso penal (art.512 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

Conclusión

En conclusión, no es ilegal denegar el acceso a la contratación por razón de condiciones preexistentes de salud, lo que atenta contra del ordenamiento jurídico a la vista de los dispuesto en la DA 5ª LCS es realizar esta acción sin estar basada en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Como no se han aportado estas causas puede acudir a los procedimientos judiciales y extrajudiciales antes mencionados para recabarlas y dilucidar si en el caso concreto se ha producido una discriminación y reclamar una eventual aceptación en el contrato de seguro.

Esperamos que esta respuesta le sea de utilidad y si necesitase alguna aclaración no dude en contactar nuevamente con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

La discriminación directa también ha estado presente en la denegación de bienes y servicios por razón del estado serológico de la persona. En ese sentido, las clínicas de cirugía estética y los centros de tatuajes son una fuente inagotable de barreras normativas (protocolos internos de actuación o procedimientos normalizados de trabajo) y actitudinales hacia las personas con VIH. En este caso (UAH-2021-45) se trataba de una blefaroplastia, un procedimiento en el que, por la información recabada (www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/blepharoplasty/about/pac-20385174) no parece que conocer el estado serológico respecto al VIH sea necesario.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona con VIH acude a una clínica estética para realizarse una blefaroplastia. Para ello le solicitan que se realice una analítica completa incluyendo la prueba del VIH. Ante esta situación nos pregunta si es necesario que sepan que tiene VIH, pues el usuario prefiere no decirlo, y duda de si, cuando la clínica lo sepa, van a querer operarle.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Artículo 24. Tutela judicial efectiva.

Artículo 53. Tutela de las libertades y derechos fundamentales.

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de noviembre de 1996, núm. 281. (Cita en texto: CP).

Artículo 109 y ss. De la responsabilidad civil y su extensión.

Artículo 512. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11.

-. España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, el 8 de enero de 2000, núm. 7.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario.

-. España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287.

Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

-. España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 1882, núm. 260.

Artículo 100. Acción penal y acción civil.

Artículo 264 a 268. De la denuncia.

Artículo 270. De la querrela.

Artículo 277. Forma de la querrela.

Artículo 284. De la Policía Judicial.

Artículo 311 a 313. De la formación de sumario.

Artículo 742. Resolución de la responsabilidad civil.

Artículo 766. Recurso de reforma y de apelación.

Artículo 773. De las actuaciones de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal.

-. España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual.

-. España. Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de marzo de 2021, núm. 59.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. España. Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad). Sentencia núm. 340/1993 de 10 de diciembre.

Hechos del caso: Cuestión de inconstitucionalidad del art. 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El examen de la cuestión exige determinar si existe diferencia de trato y comprobar si esta diferencia tiene alguna justificación razonable.

Ha sido de utilidad el Fundamento Jurídico Cuarto.

-. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1089/1998, de 29 septiembre.

Hechos del caso: el dueño del establecimiento de compraventa de coches se niega a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una determinada etnia. El Tribunal Supremo considera que se trata de un supuesto de delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Tribunal Supremo (recurso de casación). Recurso de casación 25/2007, de 12 de diciembre de 2007.

Hechos del caso: El Tribunal Supremo establece el concepto de daños morales y los requisitos para obtener una indemnización por los mismos. En este caso, el Tribunal Supremo desestima los daños morales por falta de acreditación y determinación.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Noveno.

-. España. Juzgado de lo Penal de Sevilla. Sentencia núm. 53/2017 de 22 febrero.

Hechos del caso: La directora de admisiones de un colegio deniega la matriculación de un menor por la condición homosexual de sus padres. El Juzgado de lo Penal entiende que se trata de un supuesto de delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas al denegar a una persona una prestación a la que tiene derecho.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Juzgado de lo Penal de Valencia. Sentencia núm. 384/2009 de 30 julio.

Hechos del caso: los responsables de un restaurante impiden el acceso a un grupo de personas con Síndrome de Down. El Juzgado de lo Penal entiende que se trata de un supuesto de delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas al denegar a una persona una prestación a la que tiene derecho.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 86/2006 de 8 febrero.

Hechos del caso: se interpone demanda de reclamación de daños materiales y morales a consecuencia de la realización de obras. Se alega falta de prueba respecto de los daños morales, estimado este argumento la Audiencia Provincial por la dificultad que conlleva la prueba de estos daños.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. **Medidas de Protección Universal** (lavado de las manos, utilización de guantes, utilización de mascarillas, colocación de batas, así como de otros elementos de protección).

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. AMADEO GADEA, S., *Comentario a Artículo 512 del Código Penal*. Publicado en VLEX.

-. CESIDA. GTT-VIH. *VIH, discriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH*. Publicado en Barcelona en octubre de 2015.

-. Ministerio de Sanidad. Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud. *Bloque quirúrgico estándares y recomendaciones*.

-. Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH. Noviembre de 2018. Plan Nacional sobre el SIDA Dirección General de Salud pública, calidad e innovación ministerio de sanidad, consumo y bienestar social.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, le queremos agradecer la confianza depositada en la Clínica Legal, ya que esto nos permite desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, analizaremos la legalidad de la exclusión de las personas con VIH de un servicio y, en su caso, la imposición de un posible sobrecoste, esta última posibilidad se la comentamos porque en ocasiones las clínicas estéticas imponen sobrecoste en los procedimientos cuando tienen conocimiento de que el cliente tiene VIH. Así mismo, en este apartado analizaremos la legalidad de incluir la prueba de VIH en la analítica preoperatorio y la necesidad de comunicarle al equipo médico la medicación que toma.

Posteriormente, se explicarán las medidas legales que puede adoptar ante estas situaciones. En este sentido, se estudiará la normativa aplicable al caso y algunos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto. Por último, se expondrá el servicio

del Turno de Oficio y el derecho a la Asistencia jurídica gratuita por si pudiera ser beneficiario de la misma.

Índice

1. Análisis de la legalidad de excluir a personas con VIH y de imponer un sobrecoste en la prestación del servicio
2. Derecho de los consumidores: nulidad de las cláusulas discriminatorias
3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden civil
4. Responsabilidad extracontractual por daños morales
5. Inhabilitación por delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas
6. Procedimiento procesal penal
7. Asistencia jurídica gratuita y turno de oficio
8. Conclusiones

1. Análisis de la legalidad de excluir a personas con VIH y de imponer un sobrecoste en la prestación del servicio

En primer lugar, debe saber que, aunque conozcan que tiene VIH, no le pueden tratar de forma diferente por ello, pues esos hechos serían discriminatorios, ya que ese trato no estaría justificado, es decir, una persona es discriminada cuando recibe un trato diferenciado injustificado al que recibe el resto de las personas por pertenecer a un grupo particular.

La denegación de un servicio y el sobrecoste injustificado del mismo, son ejemplos de violación de derechos de las personas con VIH. A continuación, analizaremos la legalidad de esta situación.

El artículo 14 de la Constitución Española (en adelante, CE) recoge el principio de igualdad: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio se vulnera cuando se discrimina: la discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, es decir, que no es razonable desde un punto de vista jurídico.

La CE no prohíbe el trato diferenciado siempre que su objetivo sea una causa lícita, proporcional y justificada. Si se produjera la situación que hemos descrito, nos encontraríamos ante una discriminación prohibida por el principio de igualdad anteriormente citado, puesto que se cumplen los siguientes requisitos:

- Que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente entre dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos. En este caso, el trato diferenciado consistiría en la denegación del servicio o en la imposición del sobrecoste del procedimiento por el hecho de tener VIH, no siendo un factor determinante, pues no existe ningún riesgo de transmisión. Esto lo analizaremos más adelante.

- Que la distinción no persigue una finalidad legítima, es decir, no tiene una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta el objeto y efectos lesivos de la medida examinada.

- Que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido, es decir, no es proporcional la denegación del servicio o el sobre coste con el fin perseguido, en este caso la salud, pues no existe un riesgo real y no es necesario adoptar medidas “extra” de seguridad. Este último punto puede que se lo comenten, por lo que debe saber que no están justificadas estas medidas.

Según la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que aparece en la sentencia núm. 340/1993, de 10 de diciembre de 1993 en su Fundamento Jurídico Cuarto, el principio de no discriminación implica *“no sólo que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador”*.

Por lo que para permitir el trato dispar de situaciones equiparables se exige la concurrencia de una doble garantía:

a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; así mismo, a pesar de que la medida pueda considerarse razonable si atenemos al fin que persigue, esta puede no ser proporcional si podemos emplear medidas menos lesivas para ello, como seguir las MUPT, atender a los avances científicos, las causas de transmisión de la enfermedad y las medidas higiénicas que se deben adoptar en un quirófano en todos los casos.

b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 96/2002 de 25 de abril, FJ 7).

En relación con lo anterior, debe saber que en el caso de que le denieguen el servicio o le impongan un sobre coste, dichas medidas son inadecuadas en cuanto a su propósito y finalidad, dado que para disminuir los riesgos de una posible transmisión de cualquier enfermedad resulta obligatorio realizar la adecuada utilización del material quirúrgico en todos los casos, sin que deba suponer la denegación de un servicio ni un sobre coste para los clientes, ya que no es necesaria tomar ninguna medida de seguridad especial, pues no existe una normativa que obligue a implementar estas medidas cuando se opera

a una persona con VIH, pues existen medidas básicas de higiene que se deben adoptar en todos los casos.

Por otro lado, el efecto de la medida es rechazable en un doble sentido, por cuanto supone una discriminación injustificada para las personas que viven con VIH y permite que se descuiden las medidas de higiene.

En el Derecho español es discriminatorio la denegación y el sobrecoste injustificado de un servicio por tener una enfermedad infecciosa sin tener en cuenta las vías de transmisión, especialmente si esta es casual o no, y los avances científicos con respecto a los tratamientos antirretrovirales.

Las personas con VIH no son un riesgo puesto que las vías de transmisión están definidas con claridad y no se transmite por las situaciones que se pueden producir en el transcurso de una intervención de estas características si se siguen las MUPT (medidas básicas de higiene, precauciones simples, obrar con sentido común, etc.) y las medidas de higiene que se deben seguir en un quirófano en todos los casos. La higiene en los quirófanos es uno de los aspectos fundamentales para evitar contagios en los pacientes. El descuidos de normas higiénicas básicas en los quirófanos es, en muchas ocasiones, causa directa de infecciones en los pacientes.

Hasta hoy no se ha demostrado ningún caso de transmisión del VIH a través de un contacto casual con un medio supuestamente contaminado (pinchazo accidental con una jeringuilla en el parque, en la calle o en la playa, manipulación de preservativos usados, etc.). En general, según el propio Ministerio de Sanidad, en caso de contacto con alguno de estos objetos, no se recomienda la realización de la prueba del VIH.

A pesar de todo, en el hipotético caso de que se produjera un contacto entre usted y el personal médico que va a realizar la blefaroplastia, es necesario destacar que las personas que tienen su infección controlada por el tratamiento antirretroviral (carga viral indetectable), no transmiten el VIH a terceros, pues hay una tasa de reducción del 100% en el riesgo de transmisión del virus, así lo ha demostrado el estudio Partner 2.

Por todo ello, en el caso de que le pongan cualquier excusa como las expuestas para no operarle o le impongan un sobrecoste del servicio por tener VIH, debe saber que son situaciones discriminatorias por no superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional debido a los resultados gravesos que produce.

Por otro lado, puede ser necesario que el equipo médico que va a realizar la intervención conozca la medicación que se está tomando por si existe una contraindicación para realizar la operación en sí o por si le den suministrar otro tipo de anestesia a la habitual.

Así, cuando acudimos a un centro estético y nos vamos a realizar una intervención quirúrgica, debemos poner en conocimiento de sus responsables nuestros antecedentes personales. Es decir, comunicar en la primera visita qué enfermedades hemos tenido y si estamos tomando algún medicamento y cuál es. Por ello, puede estar justificada la analítica que le solicitan, y no solo en su caso, sino en todos.

Se trata de una medida preventiva, puesto que algunos fármacos pueden estar contraindicados o producir efectos adversos ante una operación de estas características. En el caso que algún medicamento presente contraindicación, cabe la posibilidad que se nos indiquen que es conveniente esperar antes de realizar la intervención.

Sin embargo, puede ser que no exista ninguna contraindicación y la inclusión de la prueba del VIH no es proporcional atendiendo a los resultados gravosos que produce, como la denegación del servicio o la imposición de un sobre coste. Por ello, le recomendamos que antes de realizarse la blefaroplastia acuda a su médico y le haga una consulta sobre las contraindicaciones que pudieran existir.

En todo caso, no dude en volver a acudir a la Clínica Legal si se producen cualquiera de los escenarios descritos o si le surgen nuevas cuestiones al respecto.

2. Derecho de los consumidores: nulidad de las cláusulas discriminatorias

Debido a la discriminación de las personas con VIH en el acceso a servicios, en el año 2018 se modificó la normativa nacional en materia de consumidores y usuarios, añadiendo la disposición adicional única en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, relativo a la nulidad de determinadas cláusulas, estableciendo que:

“1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud.”

Este precepto resulta de aplicación en su caso ya que usted es considerado consumidor de acuerdo con el artículo 3 del citado real decreto legislativo:

“Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Por lo tanto, la denegación o el sobre coste del servicio por tener VIH serían consideradas cláusulas nulas de acuerdo con la disposición anterior.

En igual sentido, muchas Comunidades Autónomas tienen su propia normativa en materia de consumidores, donde establecen que cualquier forma de discriminación en la prestación de un servicio constituyen una infracción.

Por ello, en el caso de que se diera cualquiera de las situaciones descritas, una de las medidas legales que puede llevar a cabo es presentar una reclamación en materia de consumo. Consiste en una comunicación que el consumidor dirige a la administración competente cuando se presenta un conflicto o desacuerdo entre él y la empresa o el profesional que le ha vendido el producto o prestado, en este caso, imponiendo el sobre coste, poniendo de manifiesto los hechos y solicitando una solución y/o

compensación. Para presentar dicha comunicación no es necesaria la asistencia de un/a abogado/a.

Antes de presentar la reclamación, es recomendable ponerse en contacto con el empresario para tratar de resolver el conflicto. En caso de que no logren ponerse de acuerdo, o, el empresario no conteste a su comunicación, puede presentar la reclamación ante la Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo.

Es recomendable que todas las comunicaciones que tenga con el vendedor o prestador del servicio las haga usando mecanismos que dejen constancia de su envío, es decir, por escrito o en cualquier soporte duradero como por ejemplo, el correo electrónico o mediante un burofax con acuse de recibo.

En caso de que no consiga solucionar el conflicto o no le contesten, solicite la hoja de reclamaciones en la clínica, rellénela y quédese con una copia de la misma. Si la clínica se negara a facilitar la hoja de reclamación, o alegan que no tienen, puede solicitar la asistencia de la policía local correspondiente para que levante acta de ello.

En la reclamación debe hacerse constar:

- Nombre, dirección, DNI, correo electrónico y teléfono del reclamante.
- Nombre comercial, denominación social, domicilio, NIF y teléfono de la empresa contra la que se reclama.
- Descripción breve y clara de los hechos objeto de su reclamación.
- Lo que solicita con la reclamación.

Deberá presentar la hoja de reclamación en la Administración, pudiendo hacerlo de manera presencial o a través de internet.

Si decide hacerlo de manera presencial, el escrito de reclamación debe presentarse lo antes posible en la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) más cercana a su domicilio, o bien, en la Dirección General de Comercio y Consumo. Si decide hacerlo a través de Internet, puede encontrar el enlace correspondiente en la página web del Portal del Consumidor de la Comunidad Autónoma correspondiente. Conviene adjuntar cualquier documento (contrato, factura, presupuesto, correos electrónicos, etc.) que pueda servir como prueba de lo que se reclama.

En cualquier caso, le recomendamos que acuda a una Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo, para que le informen de los pasos a seguir en su caso concreto, este es un servicio completamente gratuita y, en muchas ocasiones, muy eficaz. No obstante, debido a la situación epidemiológica que estamos viviendo actualmente, le recomendamos que llame primero, porque puede ser que solo atiendan con cita previa.

No obstante, si desea más información al respecto no dude en ponerse de nuevo en contacto con la Clínica Legal.

3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden civil

Los derechos fundamentales protegidos se recogen en el Título I de la CE en el que se configuran todos los derechos para los nacionales y para los extranjeros residentes en España.

Dentro del sistema de tutela de los derechos fundamentales, el segundo apartado del artículo 53 de la CE acoge las llamadas garantías jurisdiccionales, reservadas únicamente para el principio de igualdad del artículo 14 y los derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo I, así como para la objeción de conciencia.

En este caso, los derechos fundamentales y las libertades públicas tienen una doble vía de protección: primero, mediante el procedimiento específico de derecho de los consumidores y usuarios explicado en el apartado anterior, y después, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

En este procedimiento se pueden hacer valer, entre otras pretensiones, la declaración de no ser conforme a Derecho la imposición del sobrecoste del procedimiento; así como, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, como es el reconocimiento de esa discriminación injustificada.

En el ámbito civil, los derechos fundamentales se protegen por el procedimiento ordinario civil, es decir, se tramitan como un procedimiento judicial ordinario, regulado en el artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para iniciar este procedimiento, le remitimos la consulta con un/a abogado/a, que le podrá indicar con mayor precisión la mejor estrategia a seguir.

4. Responsabilidad extracontractual por daños morales

Por otro lado, el VIH tiene unas consecuencias directas en el plano psicológico y social que en muchos momentos pueden ser tan graves o más que la propia enfermedad, que abarcan básicamente trastornos de la ansiedad y/o del estado del ánimo, que se pudieran dar tras el diagnóstico de la enfermedad, así como son los estados depresivos, trastornos adaptativos, trastornos de identidad, síntomas de auto rechazo, culpabilidad, disminución de la autoestima, alteraciones en las relaciones sexo-afectivas, etc.

Además de los efectos psicológicos inherentes a una enfermedad caracterizada por su componente amenazante para la vida del individuo, nos encontramos también con los efectos negativos propios del estigma social y del rechazo.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como *“el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica... La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”*.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 establece:

“Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad; daño

moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral [...] Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización, estableció que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».”

En este sentido, en caso de denegarle el servicio u obligarle a afrontar un sobrecoste por su estado serológico, constituye un acto discriminatorio que ocasiona daños morales.

Para el caso de los daños morales resulta difícil la estimación detallada de la vulneración de un derecho fundamental y sus repercusiones, por lo que deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño.

La responsabilidad civil es la obligación de responder de forma dineraria por los daños y perjuicios producidos a un tercero.

La responsabilidad civil puede ser contractual (cuando la responsabilidad nace por haber transgredido una obligación establecida en un contrato) o extracontractual (cuando lo transgredido es una norma, la moral o las reglas de convivencia social, esto es, el deber de diligencia que incumbe a toda persona).

En su caso, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, regulado en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil español, según el cual “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nombrado en el Código civil, tiene encaje en la amplia expresión “reparar el daño causado” del artículo 1902 citado.

En la actualidad, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, como puede ser la imposición de un sobrecoste del servicio por tener una enfermedad concreta.

En consecuencia, se puede afirmar que este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en el deber jurídico general de no hacer daño a nadie, de forma que, si no es respetado, su responsable debe reparar el perjuicio causado.

Para que una pretensión de esta naturaleza prospere, se requiere que concurran los siguientes presupuestos:

- Que la acción u omisión sea culposa o negligente o bien se derive de una actividad de riesgo o peligrosa. En su caso, se trataría del primer supuesto, la acción sería la denegación del servicio o la imposición de un sobre coste no justificado y, por tanto, discriminatorio.

- Daño causado a su persona. El daño debe ser cierto, en su caso son los daños morales causados.

- Relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño. En su caso, la denegación o el sobre coste del servicio ha producido la discriminación con los consecuentes daños morales.

Para este recurso por daños y perjuicios en vía civil, es necesario la asistencia de un/a abogado/a y la representación de un/a procurador/a, por ello, le informamos al de esta consulta de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

5. Inhabilitación por delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas

Por otra parte, en caso de que le lleguen a denegar el servicio, podría resultar de aplicación el delito tipificado en el artículo 512 del Código Penal, relativo a la discriminación en el acceso a un servicio o prestación, en el caso de que se negaran a realizarle la intervención, este procedimiento penal no es aplicable en el caso de la imposición del sobre coste, pero sí en el caso de que nos encontremos ante una denegación del servicio.

El artículo 512 del Código Penal establece: *“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.”*

Es decir, según el mencionado artículo se considera delito que un empresario o profesional deniegue a alguien una prestación, en ese ámbito privado, por motivaciones discriminatorias. Los Tribunales españoles han sentado jurisprudencia sobre el artículo citado.

Según establece el Juzgado de lo Penal de Sevilla en su sentencia núm. 53/2017 de 22 febrero: *“[...] la actuación de dicho sujeto activo para integrar el tipo delictivo, debe consistir en la "denegación de una prestación a la que una persona tenga derecho", habiendo venido la doctrina entendiéndolo como tal "prestación a la que una persona tiene derecho", en el sentido de "prestación con respecto a la que dicha persona tenga una expectativa concreta y fundada en derecho", entendiéndose que la persona a la que se deniega la prestación debe "tener derecho" a la misma. Por ello deben quedar*

fuera del tipo los casos en los que el trato diferenciado se encuentre justificado o amparado normativamente.”

Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de julio de 1997, el dueño de una empresa de venta de coches, se había negado a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una determinada etnia y se le condenó como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de discriminación, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público.

El condenado recurrió y la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre, desestimó el recurso, entendiéndolo que los artículos 511 y 512 del Código Penal no incorporan “tipos penales de autor”, inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de “ser” racista, machista, homófobo, etc. Estas infracciones consisten en la realización de conductas dolosas de denegación de una prestación a las que otro tiene derecho, por la mera pertenencia de la víctima a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma, es decir, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

Usted tendría derecho a la prestación que se le pudieran denegar ya que se trata de un servicio que se ofrece al público en general. El hecho de que la clínica se negara a realizarle la blefaroplastia al conocer su estado serológico constituye una negativa que consideramos injusta y que encajaría dentro del delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en el artículo 14 de la CE como explicamos anteriormente, siendo plenamente aplicable la argumentación expuesta en el primer apartado de esta consulta.

6. Procedimiento procesal penal

En el caso de que llegara a producirse la situación anterior, le informamos de que puede proceder a la interposición tanto de una denuncia como de una querrela contra el equipo médico que le deniegue el servicio.

Debe saber que si presenta una denuncia no será parte en el procedimiento y no podrá por tanto presentar pruebas, solicitar diligencias o presentar recursos. En este caso, aunque usted no sea parte en el proceso, será el Ministerio Fiscal quien ejerza de acusación, ya que el juicio no se pone en marcha si no hay una acusación.

En el caso de que interponga una querrela se personará en el procedimiento como acusación particular a través de abogado/a y procurador/a, por lo que podrá presentar pruebas, solicitar diligencias, interponer recursos y alegar todo a lo que su derecho convenga, y estará informada del curso de toda la investigación y del procedimiento a través de su procurador/a y abogado/a.

A través de la denuncia se da noticia a la autoridad de la comisión de un delito, pero no se ejercita acción penal; por eso no se requiere ningún acto del denunciante ni tendrá que probar los hechos consignados en la denuncia.

La denuncia se interpone ante cualquier miembro del Ministerio Fiscal, funcionarios de la policía, o ante el órgano jurisdiccional; se hará por escrito o de palabra; personalmente o por mandatario con poder especial.

Una querrela es un acto procesal por el que se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional la comisión de un delito y, además, se ejercita la acción penal, lo que hace que usted se pueda constituir en parte procesal. Para la interposición de una querrela será necesario presentarla a través de procurador/a con poder bastante y suscrita por un/a abogado/a.

A la acción penal explicada se puede acumular la acción civil de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios, que es la obligación de responder de forma dineraria por los daños y perjuicios que le han producido, tanto físicos como morales, como hemos expuesto en el apartado específico de esta consulta. El artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable, sin embargo, también puede nacer una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. Se contempla así la acción civil derivada del delito.

Los artículos 109 y siguientes del Código Penal configuran esta responsabilidad civil derivada del delito, señalando que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados.

En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo al procesado y, a su vez, también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil.

En este caso, hemos señalado que es una responsabilidad extracontractual porque el daño se produce por violación de deberes generales de conducta, es decir, como señala el artículo 1104 del Código Civil, con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Tanto para el recurso por daños y perjuicios en vía civil como para el procedimiento en vía penal, será necesaria la asistencia de un/a abogado/a y procurador/a, por ello, le informamos a continuación de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

7. Asistencia jurídica gratuita y Turno de Oficio

Queremos informarle en este punto de la posibilidad de solicitar un/a abogado/a del Turno de Oficio.

El Turno de Oficio es un servicio que ofrecen los Colegios formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio.

A este servicio suelen recurrir personas que no conocen ningún abogado y tienen que enfrentarse a algún asunto. Por ello, acuden al Colegio de Abogados para que le

designen un abogado de oficio, sin que quien lo pide sea beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Es preciso indicar que los abogados de oficio no son funcionarios ni miembros de la Administración de Justicia. Son abogados privados que, voluntariamente, se apuntan a las listas de los Colegios para ofrecer este servicio en diferentes ámbitos de la jurisdicción.

Cualquier persona que necesite un abogado del Turno de Oficio puede acudir al Colegio de Abogados, en su caso debería acudir al Colegio de Abogados del lugar donde resida.

Por otra parte, también existe la posibilidad de beneficiarse de la Asistencia Jurídica Gratuita.

La CE establece en su artículo 119 que la justicia será gratuita respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Este mandato constitucional se desarrolla en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

La Asistencia Jurídica Gratuita es un servicio prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El objeto es satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, permitiéndole al beneficiario enfrentarse al proceso con las garantías de igualdad de partes e independencia, sin que ello se pueda ver afectado por la situación económica.

El letrado (y otros profesionales si fueran necesarios), es designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio (o por el solicitante dentro de los del Turno), asumiendo la Administración el pago de los honorarios. Para ello debería acudir al Colegio de Abogados correspondiente.

Por lo general, tendrán derecho a Asistencia Jurídica Gratuita aquellas personas cuyos ingresos brutos anuales por cualquier concepto (trabajo, rentas, pensiones, desempleo, intereses, etc.) no superen una determinada cantidad (en 2020 era de 12.780,00€ si la unidad familiar está integrada por una persona, 15.975,33€ si está integrado en una unidad familiar con dos o tres miembros, 19.170,39€ si está integrado en una unidad familiar con cuatro miembros y 31.950,65€ si está integrado en una unidad familiar con circunstancias especiales).

Sin embargo, el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita recoge un reconocimiento excepcional del derecho atendiendo a las *“circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional”*. Por lo tanto, si el procedimiento judicial está relacionado con el VIH, podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por tanto, la asistencia por un abogado del Turno de Oficio no es un reconocimiento de ser beneficiario de Asistencia Jurídica Gratuita, si únicamente es un abogado del Turno de Oficio, a este le deberá abonar la minuta. Por el contrario, si es un abogado del Turno y el solicitante es beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita, el pago de los honorarios del letrado lo hará la Administración.

Para solicitar la Asistencia jurídica gratuita le recomendamos que acuda al Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados. Es un servicio que atiende e informa al ciudadano sobre la defensa de sus derechos, tramitación de sus reclamaciones judiciales y las posibilidades de obtención de asistencia jurídica gratuita.

8. Conclusión

En primer lugar, debe saber que, aunque la Clínica conozca que tiene VIH, no le pueden denegar la operación ni tratarle de forma diferente por ello, así mismo tampoco le pueden imponer un sobrecoste para realizarle la operación. Este último punto se lo hemos comentado porque es un práctica habitual en estos casos. Así, en el caso de que se produjeran las situaciones descritas, desde la Clínica Legal entendemos que las medidas son discriminatorias por no ser proporcionales ni razonables.

No es proporcional ni razonable porque las MUPT y las medidas higiénicas que deben tener los quirófanos deben ser utilizadas en todos los casos, no existiendo ninguna normativa específica para las personas con VIH. Además, si usted tiene una buena adherencia al tratamiento y su carga viral es indetectable, entonces el riesgo de transmisión es nulo, por lo que no existe un riesgo de transmisión en la intervención.

En segundo lugar, al ser usted un consumidor, resulta de aplicación la disposición adicional única del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, relativo a la nulidad de cláusulas que supongan una discriminación a las personas con VIH, como podría ser su caso.

Esta norma prevé instrumentos legales para la defensa de los consumidores y usuarios, le recomendamos que acuda a una Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo, para que le informen de los pasos a seguir en su caso concreto, este es un servicio completamente gratuita y, en muchas ocasiones, muy eficaz. No obstante, debido a la situación epidemiológica que estamos viviendo actualmente, le recomendamos que llame primero, porque puede ser que solo atiendan con cita previa.

En tercer lugar, entendemos que podría solicitar una indemnización por el daño moral causado por la clínica en el supuesto de que le trataran de forma diferente y careciera de justificación, a través de un recurso en vía civil por daños y perjuicios. Además, en el caso de que finalmente le denegaran el servicio, entendemos que podría ser constitutivo de un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que usted podría interponer una denuncia o una querrela contra el equipo médico que le denegó el servicio. Así mismo, puede pedir una indemnización por los daños morales causados.

En este sentido, puede optar por acumular la acción civil a la acción penal, es decir, pedir la indemnización por daños morales dentro de la querrela del proceso penal, como responsabilidad civil derivada del delito, o bien puede ejercitar ambas individualmente o interponer solo una de ellas.

Para ejercitar las acciones descritas será necesaria la asistencia de un/a abogado/a y procurador/a, por ello, le hemos informado de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

Por último, puede ser necesario que el equipo médico que va a realizar la intervención conozca la medicación que se está tomando por si existe una contraindicación para realizar la operación en sí o por si le den suministrar otro tipo de anestesia a la habitual. Sin embargo, puede ser que no exista ninguna contraindicación y la inclusión de la prueba del VIH no es proporcional atendiendo a los resultados gravosos que produce, como la denegación del servicio. Por ello, le recomendamos que antes de realizarse la blefaroplastia acuda a su médico y le haga una consulta sobre las contraindicaciones que pudieran existir.

En todo caso, no dude en volver a acudir a la Clínica Legal si se producen cualquiera de los escenarios descritos o si le surgen nuevas cuestiones al respecto.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,
Clínica Legal de la UAH.

Los casos de discriminación indirecta han estado presentes en 2021 fundamentalmente a través de las consultas enviadas por personas con VIH que quieren solicitar o son titulares de un visado de estudios en España. La normativa aplicable les exige a ellas, o a sus acompañantes, contar con un seguro de salud que cubra sus necesidades sanitarias durante su período de estancia. El problema es que ni las aseguradoras les permiten la contratación, como ya hemos señalado en otros ocasiones e informes, ni las pólizas de seguros de salud cubren la prestación farmacéutica.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona de nacionalidad colombiana planea venir a Barcelona para estudiar, estando interesado en que venga con él su cónyuge, positivo en VIH. Acude a nosotros con el fin de saber si su pareja tiene derecho a recibir el tratamiento contra el virus aquí en España.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Universal. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 25, sobre el derecho a la salud .

- España. Constitución. Artículo 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud; artículo 13.1, sobre el derecho de los extranjeros a gozar de las libertades públicas conforme a lo que disponga la ley.

- España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículo 1.2, que señala que los ciudadanos extranjeros con residencia en España son titulares del derecho a la protección de la salud.

- España. Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

- España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 12, que consagra el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros conforme a lo previsto legalmente.

Capítulo II (artículos 16 al 19), sobre la reagrupación familiar de extranjeros en España y sus requisitos.

Artículos 25 bis y 30-33 (inclusive), que regulan los visados y las situaciones de residencia de los extranjeros en España.

- España. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Artículo 52, que establece que los extranjeros residentes legalmente en España pueden reagrupar a sus cónyuges; y artículo 56, sobre el procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar.

- España. Real Decreto 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema de Salud. Artículo 3, que se establecen los titulares del derecho a la protección de la salud, donde se menciona a los extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio español.

- España. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

- Directiva 2016/801, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair

- Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 35, que reconoce el derecho de todos a la protección de su salud.

- Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- España. Sentencia Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio de 2016, que dictaminó que era constitucional la exclusión de la asistencia sanitaria pública de los extranjeros sin permiso de residencia.

- España. Sentencia Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, 13 de mayo de 2019, que estableció que la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, solo se otorga cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, y cuando además no tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, ya sean públicos o privados.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Antes de todo queremos darle las gracias por la confianza depositada en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, los datos que usted nos ha proporcionado se analizarán de forma confidencial, y esperamos serles de ayuda tanto como vosotros nos estáis ayudando a progresar jurídicamente.

En primer lugar, debemos tratar los requisitos legales que usted necesitaría como estudiante para poder venir a España. La estancia máxima en España como turista es de 3 meses como máximo, por lo que si su estancia tuviera una duración inferior a la mencionada, no le haría falta solicitar un visado de estudiante, dado que el visado de turista sería suficiente en caso de que lo necesitase para entrar al país. Si su estancia es superior a los 3 meses, tendrá que solicitar un visado al consulado español. Si se trata de una estancia que ronde los 91 a 180 días en España deberá de solicitar la visa de estudiante a corto plazo, sin embargo, si se trata de una estancia cuya duración sea superior a los 6 meses, deberá solicitar el visado de estudiante de largo plazo.

Para solicitar dicho visado, se le exigirán una serie de requisitos que vienen regulados tanto en el artículo 6 de la **Directiva del Consejo 2004/114/CE**, como en el artículo 38 del **Real Decreto 557/2011**, de 20 de abril, que consisten en: tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares, haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento, contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España. Si la duración de la estancia supera los seis meses, también se requiere no padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves y carecer de antecedentes penales en los países de residencia durante los últimos cinco años. Además, como requisito especial para el visado de estudiante, se requiere haber sido admitido en un centro de enseñanza autorizado en España, para la realización de un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.

Consideramos importante hacer hincapié en dos de los requisitos para obtener el visado; el seguro médico y el certificado de salud. Para que se le otorgue un visado de estudiante, usted deberá de tener un seguro médico privado o público con cobertura total en España, según la **Ley 16/2003**, los requisitos principales que debe cubrir tu seguro médico son: ser válido durante toda su estancia en España, tener cobertura total en todo el territorio español, ser completo y ofrecer la máxima cantidad de coberturas posibles, el contrato no puede tener períodos de carencia y no puede tener copagos. Asimismo, para que se le otorgue el visado, deberá de presentar un certificado médico que demuestre que no sufre de ninguna enfermedad reconocida por el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

Una vez que se cumpla con estos requisitos, y se conceda tal visado, entonces usted dispondrá de la posibilidad de traer a España a su cónyuge. El artículo 41 del **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril**, se encarga de regular esta cuestión, señalando que *“los familiares de extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios o se encuentren en España de acuerdo con lo regulado en este capítulo podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para entrar y permanecer legalmente en España durante la vigencia de su estancia”*. Así, para poder conceder tal visado se requerirá que: el extranjero con visado de estudiante se encuentre en situación de estancia, que además cuente con medios económicos suficientes para el sostenimiento de la unidad familiar, y que acredite el vínculo familiar o de parentesco entre ambos (se exigirá que demuestre la posesión de un 75% adicional del IPREM para el primer familiar, en su caso su cónyuge). Aquel familiar al que se le dote de este visado, podrá permanecer legalmente en territorio español durante el mismo periodo y con idéntica situación que el titular de la autorización principal, de manera que estará vinculado a la situación de estancia del titular de la autorización principal (es decir, de usted). Además, si la estancia fuera superior a seis meses, deberán solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero en el plazo de un mes desde su entrada en España. De esta manera, en el caso de que tanto usted como su marido cumplieren con los requisitos, podrán vivir en España por el plazo y modo señalados en los visados.

En este sentido, debe entender que su marido debe, al igual que en su caso, estar cubierto por un seguro privado sanitario.

Al tratar con el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, es importante que distingamos bien los conceptos que aparecen de estancia y residencia. La residencia se otorga a las personas que, cumpliendo los requisitos necesarios, se queden a vivir en España por un periodo superior de 3 meses, mientras que la estancia es un permiso que se le ofrece a los extranjeros que desean permanecer en España por motivos de estudio, turismo o tareas de voluntariado. En su caso, el visado de estudiantes solo le concedería un permiso de estancia en España, no la residencia, por lo que no se le permitirá trabajar en el país ni cotizar para la seguridad social con este permiso. Al no permitírsele cotizar para la seguridad social, usted no podrá gozar de una asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, y por ende, su pareja tampoco.

También es importante mencionar que si bien es cierto que en el artículo 43.1 de la **Constitución Española** se reconoce el derecho a la protección de la salud, este precepto da lugar a interpretaciones ambiguas y por ello, debemos tener en cuenta la

legislación complementaria para determinar que individuos pueden gozar de este derecho y cuales no. Para ello, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 3 de la **Ley 16/2003** referente al derecho de asistencia sanitaria, se establece que sujetos podrán gozar de este derecho *“todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”*. Como le hemos comentado anteriormente, el visado de estudios le concede un permiso de estancia, no de residencia, y en este artículo como puede observar garantiza la asistencia sanitaria con cargos a fondos públicos para los nacionales españoles y a las personas que gocen del permiso de residencia, no para los individuos que gocen de un permiso de estancia como es su caso, por lo que sería su seguro médico el que tendría que cubrir los cargos correspondientes para el tratamiento retroviral de su pareja.

Finalmente, debe saber que cabe una posibilidad de que tanto usted como su cónyuge puedan gozar de la asistencia sanitaria. En este sentido, debemos atender a la **Directiva 2016/801**, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación “au pair”, y el **Real Decreto 1192/2012**, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

El artículo 24 de la Directiva señala que los estudiantes que cuenten con las características exigidas tendrán derecho a trabajar. El hecho de que usted por ende ejerza tal derecho, supondrá que podrá cotizar a la Seguridad Social, lo que significa que entonces sí podría recibir la asistencia sanitaria pública y gratuita (por cargo del Estado español). Además, al tratar este asunto cabe mencionar la **Ley de extranjería**, que en su artículo 10 establece el Derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros, donde se establecen una serie de condiciones para el trabajo. En el caso de los estudiantes extranjeros, estos pueden trabajar a jornada parcial o completa siempre y cuando su horario laboral sea compatible con sus estudios. Este tipo de permisos suelen tener una validez no superior a tres meses, por lo que no pueden trabajar por más de ese tiempo.

Esto nos dirige a hablar sobre las figuras del asegurado y el beneficiario. El asegurado será, entre otras cosas, aquella persona que trabaja ya sea por cuenta ajena o propia (con lo cual usted sería el asegurado en el caso de que trabajase aquí tal y como se le ha indicado); y el beneficiario será, entre otras opciones, el cónyuge de la persona asegurada (situación que correspondería a su pareja). Es importante mencionar estas dos figuras, pues, de acuerdo con la legislación española, tanto al asegurado como al beneficiario se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública, lo cual significaría que, en el caso de que usted venga a España con el visado de estudios y decida además trabajar, su pareja tendrá derecho a recibir el tratamiento sanitario que le es necesario. Esto se encuentra reconocido por el **Real Decreto 1192/2012**, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Este derecho a recibir tal prestación de asistencia sanitaria por trabajo (entre otras prestaciones) lo reconoce la **Ley General de la Seguridad Social**, el cual en su artículo 7 señala el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, en el que se incluyen los extranjeros que se encuentren legalmente en España por ser trabajadores, entre otros supuestos (que deben estar afiliados a dicho régimen, como señala el artículo 165).

Esperamos que esta información le sea de utilidad

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

En 2021 hemos analizado un caso de discriminación por asociación pues las personas sin VIH que conviven con personas con VIH están excluidas de la donación de sangre (CESIDA-2021-12). Este asunto está pendiente de reevaluación porque estamos concluyendo la elaboración de un informe sobre la legitimidad exclusión en la donación de sangre de las personas que conviven y de las que mantienen relaciones sexuales con personas con VIH o con hombres que tienen sexo con hombres.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Una persona es excluida cuando iba a donar sangre en un autobús de la Cruz Roja en la Puerta del Sol en Madrid, debido a que su pareja tiene VIH, esta información la proporciona el interesado ya que se lo solicitan en el formulario que debe rellenar obligatoriamente. Antes esta información, la doctora que estaba en el autobús le indica que no puede donar porque convive con una persona “enferma de Sida” y que existe ese riesgo de “contagio”, a lo que el usuario le responde que su pareja es indetectable, por lo que no transmite la enfermedad, y que nunca ha tenido Sida. No obstante, la doctora insiste y le impide donar, añadiendo que ese impedimento lo establece el protocolo y que por algo será. Por todo ello, el usuario nos pregunta qué acciones legales puede llevar a cabo ante esta situación.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Unión Europea. Directiva 2004/33/CE de la Comisión de 22 de marzo de 2004 por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos. (Cita en texto: Directiva 2004/33)

Anexo III. Criterios de selección de donantes de sangre y componentes sanguíneos.

-. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016.

Artículo 5.1.c). Principio de minimización de datos.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales.

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Principio de igualdad.

Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 106.2. Derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública.

Artículo 119. Derecho a la tutela judicial efectiva y el beneficio de la justicia gratuita.

-. España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

Artículo 9. Categorías especiales de datos.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11.

Artículo 2. Principios básicos.

-. España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, núm. 167.

Artículos 31 y 32. Reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica.

Título V. Procedimientos especiales

Capítulo I. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

-. España. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 2 de octubre de 2015, núm. 236. (Cita en texto: Ley 40/2015)

Artículo 32 y siguientes. Principios de la responsabilidad de la Administración Pública.

-. España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

Artículo 1104. Culpa o negligencia.

Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual.

-. España. Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de octubre de 2005, núm. 225. (Cita en texto: Real Decreto 1088/2005).

-. España. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. *Boletín Oficial del Estado*, el 19 de enero de 2008, núm. 17.

Artículo 5. Definiciones.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Unión Europea. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (Gran Sala) Caso S. Coleman contra Attridge Law. Sentencia de 17 julio 2008.

Hechos del caso: La trabajadora S. Coleman prestaba servicios como secretaria en un bufete de abogados de Londres desde enero de 2001. En 2002 la demandante tuvo un hijo con discapacidad del cual es la cuidadora principal. El 4 de marzo de 2005 la trabajadora acepta dimitir por exceso de plantilla, pero el 30 de agosto del mismo año presenta una demanda por *constructive unfair dismissal* en la que alega que se había visto forzada a dimitir a causa de la conducta del empresario, pues había sido discriminada por motivos de discapacidad. Este supuesto trato discriminatorio se fundamenta en el hecho de que había sido víctima de un trato menos favorable que otros trabajadores que no tenían hijos con discapacidad y había sido sometida a un ambiente hostil por el hecho de tener un hijo con discapacidad. El Tribunal de Justicia considera que hay discriminación por asociación en el despido de la trabajadora.

-. España. Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad). Sentencia núm. 340/1993 de 10 de diciembre.

Hechos del caso: Cuestión de inconstitucionalidad del art. 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El examen de la cuestión exige determinar si existe diferencia de trato y comprobar si esta diferencia tiene alguna justificación razonable.

Ha sido de utilidad el **Fundamento Jurídico Cuarto.**

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de amparo). Sentencia núm. 134/1999, de 15 de julio.

Hechos del caso: El Tribunal Constitucional deniega el recurso de amparo a la empresa propietaria del diario Ya, que fue condenada por publicar en 1985 un reportaje sobre el origen de uno de los hijos adoptivos de la actriz Sara Montiel. Considera el Tribunal Constitucional que no constituye materia de interés general que contribuya a la formación de la opinión pública, y dice que no estaba justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informaba.

Ha sido utilizado el **Fundamento Jurídico Quinto.**

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad). Sentencia núm. 96/2002 de 25 de abril.

Hechos del caso: Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja respecto de la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone un reembolso tributario estatal a residentes en la Unión Europea que operan en el País Vasco o Navarra. Principios de seguridad jurídica e interdicción en la arbitrariedad; vulneración de la igualdad tributaria, territorial y unidad de mercado. Nulidad del precepto.

Han sido de utilidad los **Fundamentos Jurídicos Séptimo y Octavo.**

-. España. Tribunal Constitucional (Recurso de Amparo núm. 4226/1999). Sentencia núm. 218/2002 de 25 noviembre. RTC 2002\218.

Hechos del caso: un preso, tras un vis a vis, es requerido por un funcionario de Instituciones Penitenciarias a quitarse los calzoncillos y realizar flexiones en su presencia. Ante la amenaza de ser llevado a aislamiento en celulares, finalmente accede. Al considerar improcedente la medida y que la misma vulnera su derecho al honor y a la intimidad, interpone recurso de amparo.

Esta sentencia contiene doctrina consolidada sobre la vulneración del derecho al honor y a la intimidad.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Cuarto.

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de amparo). Sentencia núm. 159/2009, de 29 de junio.

Hechos del caso: decisión del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de cesar a policía municipal en prácticas, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación, por padecer diabetes. El dato fue facilitado por un miembro del Tribunal médico de la Ertzaintza. La información sobre el estado de salud fue obtenida al margen de todo procedimiento cuya utilización en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida supone una injerencia, sin consentimiento del interesado y sin cobertura legal suficiente, resultando la medida desproporcionada.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Tercero.

-. España. Tribunal Supremo (recurso de casación). Recurso de casación 25/2007, de 12 de diciembre de 2007.

Hechos del caso: El Tribunal Supremo establece el concepto de daños morales y los requisitos para obtener una indemnización por los mismos. En este caso, el Tribunal Supremo desestima los daños morales por falta de acreditación y determinación.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Noveno.

-. España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social), sentencia de 2 de agosto de 2017.

Hechos del caso: El Tribunal Superior de Justicia de Galicia considera que hay discriminación por asociación en el despido de un trabajador por una decisión legal que tomó una mesa electoral de la que era miembro.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 86/2006 de 8 febrero.

Hechos del caso: se interpone demanda de reclamación de daños materiales y morales a consecuencia de la realización de obras. Se alega falta de prueba respecto de los daños morales, estimado este argumento la Audiencia Provincial por la dificultad que conlleva la prueba de estos daños.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Cuarto.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en *La responsabilidad patrimonial del Estado (I)*, publicado en noviembre 2002.

-. CORDERO GORDILLO, V., *Discriminación por asociación con una persona con discapacidad*, Revista de Derecho Social núm. 43, 2008.

-. Dictamen núm. 2084/2008 de 22 enero del Consejo de Estado.

-. Estatuto del donante altruista de sangre en España. Federación Nacional de Donantes de Sangre, 1994.

-. RAMIRO, M., RAMÍREZ, P., *La discriminación por razón de VIH. Los casos de la clínica legal de la Universidad de Alcalá en 2016*, Universidad de Alcalá.

- Si desea solicitar un abogado del Turno de Oficio o la Asistencia Jurídica Gratuita puede serle de utilidad el siguiente enlace:

<https://web.icam.es/bucket/iniciar%20proceso.pdf>

-. Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH. Noviembre de 2018. Plan Nacional sobre el SIDA Dirección General de Salud pública, calidad e innovación ministerio de sanidad, consumo y bienestar social.

-. Página web de la Agencia Española de Protección de Datos. http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php

Respuesta fundamentada

Antes de nada, le queríamos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal, ya que esto nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, analizaremos la legalidad de la exclusión de las personas que conviven con una persona con VIH de ser donante de sangre. Posteriormente, se explicarán las medidas legales que puede adoptar ante esta situación. En este sentido, se estudiará la normativa aplicable al caso y algunos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto. Por último, se expondrá el servicio del Turno de Oficio y el derecho a la Asistencia jurídica gratuita por si pudiera ser beneficiario de la misma.

ÍNDICE

1. Discriminación por asociación
2. Vías de reclamación.
 - 2.1. Reclamación en vía civil
 - 2.2. Reclamación en vía administrativa
 - 2.3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden contencioso-administrativo
3. Asistencia jurídica gratuita y turno de oficio
4. Conclusiones

1. Discriminación por asociación

En primer lugar, es muy importante que sepa que la normativa actual sobre donaciones de sangre (Directiva 2004/33; Real Decreto 1088/2005) no contempla la convivencia con una persona con VIH como una causa de exclusión, ni permanente ni temporal, para donar sangre. No obstante, la Directiva 2004/33 y el Real Decreto 1088/2005 incluye como una causa de exclusión temporal a las personas “*cuya conducta o actividad sexual supone un riesgo elevado de contraer enfermedades infecciosas graves que puedan ser transmitidas por la sangre*”, por esta razón la doctora le indicó que para donar sangre debía esperar seis meses a contar desde que dejara de convivir con su pareja.

Entendemos que el dato que solicita la Cruz Roja, así como las casusas de exclusión que establece la normativa aplicable a los posibles donantes, excede de los datos que serían pertinentes para comprobar la idoneidad de los donantes, pues en cualquier caso se deben realizar las pruebas de VIH al donante, además de que vivir con una persona con VIH no supone ningún riesgo de transmisión, pues las vías de transmisión están definidas con claridad.

En este sentido, es importante destacar que las personas que tienen su infección controlada por el tratamiento antirretroviral (carga viral indetectable), como es el caso de su pareja y explicó perfectamente a la doctora, no transmiten el VIH a terceros, pues hay una tasa de reducción del 100% en el riesgo de transmisión del virus, así lo ha demostrado el estudio Partner 2.

Por ello, el respeto a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1.c), relativo al principio de minimización de datos, del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), exige que el tratamiento de los datos se limite a lo estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por el responsable del tratamiento de esos datos.

En este sentido, la solicitud de cualquier otra información relativa a esta cuestión sería contraria a lo dispuesto tanto en el RGPD como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y consecuentemente supondría una violación de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución Española (en adelante, CE), el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos personales.

De lo expuesto se puede deducir que haberle negado la posibilidad de ser donante de sangre puede ser constitutiva de una discriminación. Una persona es discriminada cuando recibe un trato diferenciado injustificado al que recibe el resto de las personas por pertenecer a un grupo particular. A continuación, analizaremos la legalidad de esta limitación.

El artículo 14 de la CE recoge el principio de igualdad: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio se vulnera cuando se discrimina: la discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, que no está justificada, que no es razonable desde un punto de vista jurídico.

La CE no prohíbe el trato diferenciado siempre que su objetivo sea una causa lícita, proporcional y justificada. En el presente caso, nos encontraríamos ante una discriminación prohibida por el principio de igualdad anteriormente citado pues se cumplen los siguientes requisitos:

- Que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente entre dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos. En este caso, el trato diferenciado consistiría en la negativa a hacerle donante de sangre por el hecho de convivir con una persona con VIH.
- Que la distinción no persigue una finalidad legítima, es decir, no tiene una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta el objeto y efectos de la medida examinada. Como ya hemos indicado, se tiene que analizar toda la sangre donada, pues existen personas que no saben que tienen VIH.
- Que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido.

Según la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que aparece en la sentencia núm. 340/1993, de 10 de diciembre en su Fundamento Jurídico Cuarto, el principio de no discriminación implica *“no sólo que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador”*.

Por lo que para permitir el trato dispar de situaciones equiparables se exige la concurrencia de una doble garantía:

a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; así mismo, a pesar de que la medida pueda considerarse razonable si atenemos al fin que persigue, como la salud pública, esta puede no ser proporcional si podemos emplear medidas menos lesivas para ello, como realizar la prueba del VIH, requisito sí exigido por la Ley, y atender a los avances científicos y las causas de transmisión de la enfermedad.

b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 96/2002 de 25 de abril, FJ 7).

Desde la Clínica Legal consideramos que esta negativa supone una discriminación para aquellas personas que conviven o mantienen una relación de afectividad con una persona que tiene VIH, además de constituir una vulneración del derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos personales.

En relación con lo anterior se debe considerar que la medida utilizada por la normativa y la Cruz Roja en este caso, no está justificada, dado que para conseguir la protección del interés general que persigue, esto es, la salud pública, debe utilizar medios menos lesivos que rechazar directamente a una persona por el mero hecho de convivir o mantener una relación afectiva con otra que tenga VIH, tales medios deben ser el análisis de la sangre que marca la normativa vigente (Directiva 2004/33; Real Decreto 1088/2005): determinación del grupo sanguíneo y estudios serológicos de cada donación para la detección del VIH, Hepatitis B y C, test de Sífilis y recuento hematológico, además de un screening para la detección de la enfermedad de Chagas, Paludismo o HTLV en algunas donaciones.

Por ello, según los hechos que nos relata, entendemos que ha sido discriminado por cuanto no le permitieron donar sangre por convivir con una persona con VIH.

En este punto es necesario señalar los diferentes tipos de discriminación existentes. La discriminación directa se produce cuando se tiene en cuenta una determinada condición no relevante desde el punto de vista normativo para realizar un trato diferenciado, mientras que la discriminación indirecta se produce cuando por las consecuencias y efectos de una norma que es aparentemente neutra no se tiene en cuenta una determinada condición relevante desde el punto de vista normativo para dispensar un trato diferenciado.

A estos tipos de discriminación es necesario añadir el supuesto de la discriminación por asociación, es decir, la situación de discriminación que experimenta una persona, no porque posee una característica determinada, como un origen étnico, una religión, una discapacidad o una orientación sexual, sino por motivo de su relación con una persona que sí posee dicha característica (STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06).

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 2 de agosto de 2017, Fundamento Jurídico Segundo, establece que:

“La discriminación por asociación o por vinculación, esto es, la tipología de discriminación refleja o por interposición que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable, pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido, fue definida por primera vez por la STJUE de 17 de julio de 2008 C-303/06 (Asunto Coleman) en relación con la discapacidad y se ha recogido por nuestro legislador en el art.2 e) del RD Ley 1/2013 (Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad)”.

Por todo ello, entendemos que el trato que usted recibió encaja en el supuesto de discriminación por asociación, pudiendo ejercitar las acciones que se explicarán a continuación.

2. Vías de reclamación

2.1. Reclamación en vía civil

Una de las vías a las que puede acudir para reclamar el posible daño moral ocasionado por la Cruz Roja al negarle donar sangre es ante la jurisdicción civil. La responsabilidad civil es la obligación de responder de forma dineraria por los daños y perjuicios producidos a un tercero.

Podemos diferenciar dos tipos de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual.

Hay responsabilidad contractual si se cumple un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato. Este no sería su caso, ya que no existía ninguna relación contractual entre la Cruz Roja y usted.

Por otro lado, existe responsabilidad extracontractual cuando con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta, es decir, como señala el artículo 1104 del Código Civil, con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Así la responsabilidad extracontractual se regula en el artículo 1902 del Código Civil que establece que el que por acción u omisión causare un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código civil, tiene encaje en la amplia expresión “*reparar el daño causado*” del artículo 1902 citado.

En la actualidad, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al ámbito extrapatrimonial o de la personalidad.

En consecuencia, se puede afirmar que este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en el deber jurídico general de no hacer daño a nadie, de forma que, si no es respetado, su responsable debe reparar el perjuicio causado.

Para que una pretensión de esta naturaleza prospere, se requiere que concurren los siguientes presupuestos:

- Que la acción u omisión sea culposa o negligente o bien se derive de una actividad de riesgo o peligrosa. En su caso, se trataría del primer supuesto, la conducta sería el trato discriminatorio hacia usted por parte de la Cruz Roja.
- Daño causado a su persona. El daño debe ser cierto, en su caso son los daños morales causados.
- Relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño. En su caso, la negativa de la Cruz Roja a permitir que usted realice la donación de sangre.
- La carga de la prueba le corresponde a usted, es decir, el reclamante es quien ha de demostrar ante los tribunales que en la actuación de la Cruz Roja ha existido un acto discriminatorio basado en la normativa aplicable, a su vez, discriminatoria y, por tanto, se ha producido el daño por el que se reclama.

Por todo ello, el procedimiento a seguir será una demanda por responsabilidad civil contra quien ha causado el daño. Se trata de un procedimiento ante los tribunales de la jurisdicción civil donde se reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados al responsable del daño moral, en la cual es necesaria la asistencia de abogado/a y procurador/a.

2.2. Reclamación en vía administrativa

Los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que

la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se cumplan los demás requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Así lo establece el artículo 106.2 de la Constitución y los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

En este caso, la reclamación no se interpone contra la Cruz Roja, sino contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, debido a que, aunque la Cruz Roja es la que ha causado el perjuicio, la Administración pública colabora con ella y, por esta razón es aplicable el artículo 35 de la Ley 40/2015, que establece: *“cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”*.

Es un procedimiento administrativo donde se reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados. Además, hay que tener en cuenta el plazo para reclamar ya que este derecho prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización.

Para que una persona sea indemnizada se debe declarar la responsabilidad patrimonial de la administración y cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

En relación con la efectividad del daño, tal y como prevén los artículos 106.2 de la CE y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se entienden como daños resarcibles *“toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, y en todo caso, el particular no tenga el deber jurídico de soportar”*.

Así mismo, es necesario que el daño esté individualizado, esto es, con relación a una persona o grupo de personas. La lesión efectiva de los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación de indemnizar a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa que lo justifique.

Requisito este que concurre en el caso que nos ocupa, ya que como consecuencia de la negativa de la Cruz Roja se le ha ocasionado unos daños morales que resultan de la diferencia de trato injustificado que ha recibido por convivir con una persona con VIH.

Por otro lado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Para que se pudiera hablar de relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso era necesario que dicha relación fuera además de directa.

Es muy importante demostrar que existe una relación directa entre el funcionamiento de la Administración pública y el daño que se reclama, es decir, el daño producido. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Consejo de Estado pudiendo destacarse el Dictamen núm. 2084/2008, de 22 enero, del Consejo de Estado que recoge la doctrina del Tribunal Supremo:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo referente al nexo causal ha sido expuesta en las Sentencias de 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8420) y 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9967):

“[...] a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos [...]. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.”

El nexo de causalidad entre la actuación de la Administración Pública y el daño que se ha producido debe quedar, por tanto, suficientemente acreditado, y en el caso de que el propio perjudicado haya contribuido al daño producido, hecho que aquí no ha ocurrido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento de la Administración, esta quedaría exonerada de la responsabilidad.

Este requisito, a nuestro entender, concurre en el presente caso puesto que las medidas empleadas por la Cruz Roja fueron las que ocasionaron el daño moral.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como *“el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica... La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”*.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 establece:

“Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad; daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral [...] Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización, estableció que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».”

Una vez definido lo que es daño moral, para solicitar la indemnización es necesaria la cuantificación del mismo. El daño, por tanto, ha de ser evaluable económicamente. El Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en *La responsabilidad patrimonial del Estado (I)*, publicado en noviembre 2002, expone una serie de criterios para intentar fijar la indemnización por daños morales:

“Respecto de los derechos personalísimos y corporativos, la ausencia en ellos de un contenido económico obliga a los Tribunales a fijar la cuantía indemnizatoria de modo discrecional, procurando ofrecer una justa compensación. Para ello se atiende a las circunstancias personales que se dan en la víctima del daño (de edad, de estado, etc.), al carácter de los daños (gravedad, pérdida de facultades que comporta, incidencia en la vida de relación de la víctima) y la duración (temporal o permanente) de las consecuencias lesivas (STS de 20 de enero de 1998; STS de 27 de enero de 1988).

Puede ocurrir que la cuantía solicitada por el reclamante en concepto de indemnización responda a lo que él mismo considera que restablecerá su patrimonio espiritual lesionado.

El daño moral y el trastorno emocional que el hecho ha provocado en los reclamantes. La inevaluabilidad económica conduce a aplicar (de modo orientativo) el baremo que, adaptado a las circunstancias de cada caso, establece la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”.

En igual sentido, la sentencia de 10 de abril de 2013 de la Audiencia Nacional, expone la doctrina jurisprudencial recaída sobre esta cuestión:

“Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, para ser indemnizable el daño ha de ser real y efectivo, no traducirse en meras especulaciones,[...] incidiendo sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una

persona, como consecuencia del daño producido por la actividad de la administración en relación de causa a efecto, probando el perjudicado la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar [...]”.

Para reclamar la indemnización por el daño causado existen dos vías: por un lado, la vía administrativa donde se reclama directamente ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y, por otro lado, la vía judicial donde se reclaman directamente ante los juzgados.

En cuanto a la vía administrativa, se inicia con un escrito dirigido a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en el que se exponen los hechos y se solicita una indemnización (hay que cuantificar el daño). Aunque no es necesaria la intervención de abogado/a ni procurador/a es muy recomendable asesoramiento legal, ya que resulta complicado. Si no ha obtenido contestación a su reclamación en un plazo de 6 meses se considera desestimada. Se abre entonces otro plazo de 6 meses para acudir a los tribunales mediante un procedimiento contencioso administrativo que terminará con sentencia.

Por otro lado, en relación a la vía judicial, si la reclamación es rechazada o si la cuantía que propone la consejería no la considera adecuada, se puede presentar un recurso contencioso-administrativo ante el órgano judicial competente. En este caso, sí es necesaria la intervención de un/a abogado/a y de un/a procurador/a.

2.3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden contencioso-administrativo

Los derechos fundamentales y las libertades públicas tienen una doble vía de protección: primero, mediante el procedimiento explicado en el apartado anterior, y después, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, cuyos plazos son más breves [artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)]. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente, además podrá iniciar este procedimiento sin iniciar el procedimiento en vía administrativa.

En este procedimiento se pueden hacer valer, entre otras pretensiones, la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de actos y disposiciones susceptibles de impugnación, como puede ser la negativa a donar sangre basada en la normativa y en el protocolo que excluye de la donación de sangre a quien convive con una persona con VIH; así como, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, como es el reconocimiento de esa discriminación injustificada para ser donante de sangre (artículos 31 y 32 de la LJCA).

Para iniciar este procedimiento, le remitimos la consulta con un/a abogado/a, que le podrá indicar con mayor precisión la mejor estrategia a seguir, pues el plazo para interponer este tipo de recursos es muy breve y esta puede no ser la vía más adecuada para su situación (artículo 115.1 de la LJCA).

3. Asistencia jurídica gratuita y Turno de Oficio

Queremos informarle en este punto de la posibilidad de solicitar un/a abogado/a del Turno de Oficio.

El Turno de Oficio es un servicio que ofrecen los Colegios formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio.

A este servicio suelen recurrir personas que no conocen ningún abogado y tienen que enfrentarse a algún asunto. Por ello, acuden al Colegio de Abogados para que le designen un abogado de oficio, sin que quien lo pide sea beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Es preciso indicar que los abogados de oficio no son funcionarios ni miembros de la Administración de Justicia. Son abogados privados que, voluntariamente, se apuntan a las listas de los Colegios para ofrecer este servicio en diferentes ámbitos de la jurisdicción.

Cualquier persona que necesite un abogado del Turno de Oficio puede acudir al Colegio de Abogados, en su caso debería acudir al Colegio de Abogados del lugar donde resida.

Por otra parte, también existe la posibilidad de beneficiarse de la Asistencia Jurídica Gratuita.

La CE establece en su artículo 119 que la justicia será gratuita respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Este mandato constitucional se desarrolla en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

La Asistencia Jurídica Gratuita es un servicio prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El objeto es satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, permitiéndole al beneficiario enfrentarse al proceso con las garantías de igualdad de partes e independencia, sin que ello se pueda ver afectado por la situación económica.

El letrado (y otros profesionales si fueran necesarios), es designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio (o por el solicitante dentro de los del Turno), asumiendo la Administración el pago de los honorarios. Para ello debería acudir al Colegio de Abogados correspondiente.

Por lo general, tendrán derecho a Asistencia Jurídica Gratuita aquellas personas cuyos ingresos brutos anuales por cualquier concepto (trabajo, rentas, pensiones, desempleo, intereses, etc.) no superen una determinada cantidad. Sin embargo, el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita recoge un reconocimiento excepcional del derecho atendiendo a las *“circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este*

reconocimiento excepcional”. Por lo tanto, si el procedimiento judicial está relacionado con el VIH, podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por tanto, la asistencia por un abogado del Turno de Oficio no es un reconocimiento de ser beneficiario de Asistencia Jurídica Gratuita, si únicamente es un abogado del Turno de Oficio, a este le deberá abonar la minuta. Por el contrario, si es un abogado del Turno y el solicitante es beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita, el pago de los honorarios del letrado lo hará la Administración.

Para solicitar la Asistencia jurídica gratuita le recomendamos que acuda al Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados. Es un servicio que atiende e informa al ciudadano sobre la defensa de sus derechos, tramitación de sus reclamaciones judiciales y las posibilidades de obtención de asistencia jurídica gratuita.

Para solicitar la Asistencia Jurídica Gratuita deberá rellenar la solicitud del siguiente enlace:

<https://web.icam.es/bucket/iniciar%20proceso.pdf>

4. Conclusiones

En primer lugar, es muy importante que sepa que la normativa actual sobre donaciones de sangre (Directiva 2004/33; Real Decreto 1088/2005) no contempla la convivencia con una persona con VIH como una causa de exclusión, ni permanente ni temporal, para donar sangre. No obstante, establece como causa de exclusión cualquier situación de riesgo en el que se pudiera producir esa transmisión.

Desde la Clínica Legal consideramos que esta negativa a realizar la donación de sangre supone una discriminación, en concreto por asociación, para aquellas personas que conviven o mantienen una relación de afectividad con una persona que tiene VIH. Pues, la medida adoptada por la Cruz Roja no es proporcional ni razonable, ya que se debe analizar toda la sangre que se dona. Además, como su pareja tiene una buena adherencia al tratamiento y su carga viral es indetectable, el riesgo de transmisión es nulo, por lo que no existe un riesgo de transmisión.

Ante esta situación usted puede ejercitar diferentes acciones legales: reclamación en vía civil, reclamación en vía administrativa, tanto administrativa como judicial.

En este sentido, queremos informarle de que podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita para ejercitar cualquiera de las acciones legales anteriores, ya que es precisa la intervención de un/a abogado/a y procurador/a.

Así mismo, a modo de conclusión, no queremos dejar de mencionar que concretamente en Madrid, la Dirección General de Salud Pública en 2019 acogió la constitución del Grupo de Trabajo de Prevención del Estigma Social de VIH de la Comunidad de Madrid, que tiene como objetivo desarrollar medidas que reduzcan las actitudes o creencias negativas sobre las personas seropositivas. Por lo que, la Comunidad de Madrid está comprometida a reducir las actitudes discriminatorias hacia las personas que viven con VIH.

Y en relación con el VIH a nivel nacional existe el Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH, de noviembre de 2018 (Plan Nacional sobre el SIDA Dirección General de Salud pública, calidad e innovación ministerio de sanidad, consumo y bienestar social). El objetivo general de este Pacto Social es eliminar el estigma y la discriminación asociados al VIH y al Sida, garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, la no discriminación y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas afectadas. Para el logro de este objetivo general, el Pacto Social abarca todos los ámbitos de la vida, tanto públicos como privados, a través de la promoción de políticas, estrategias y líneas de actuación y se desarrolla a través de los siguientes objetivos específicos: favorecer la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con el VIH, trabajar en favor de la aceptación social, reducir el impacto del estigma en las personas con el VIH y generar conocimiento que oriente las políticas y acciones frente a la discriminación.

Por último, debido a la complejidad de cada caso, no podemos darle una respuesta cerrada sobre las posibilidades que tienen de obtener la satisfacción de los derechos expuestos en esta consulta. Desde la Clínica Legal podemos informarle acerca de la normativa y la jurisprudencia recaída al respecto, de manera genérica, pero no nos es posible decirle con exactitud la respuesta que obtendrá, pues esta es una situación compleja donde interviene un elemento normativa donde se ampara esta exclusión.

En cualquier caso, si necesita más información o aclaración sobre cualquier punto de su consulta no dude en volver a ponerse en contacto con la Clínica Legal.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,
Clínica Legal de la UAH.

Entre los casos de limitación de derechos, cabe destacar los casos en que se ve afectado el contenido esencial del derecho a la protección de datos. A diferencia de los casos de discriminación, en los casos de limitación de derechos no hay un ‘tercero comparador’ con el que establezca la situación relacional. Todas las personas con discapacidad, en especial si la discapacidad es invisible, ven limitado su derecho a la confidencialidad de sus datos de carácter personal cuando se les exige que se entreguen todas las hojas que componen el Dictamen Técnico Facultativo u otra documentación adicional (informe clínico, historia clínica) donde queden reflejadas todas las enfermedades (CESIDA-2021-34).

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Una persona se pone en contacto con la clínica para saber si es legal que en la empresa donde se ha presentado para un puesto de trabajo le pidan además del grado de discapacidad un informe donde consten todas sus enfermedades.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
- . España, Constitución Española
- . España, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- . España, Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- . España, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- . España, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (arts. 177 y ss).
- . España, Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- . España, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
- . España, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- España, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . Unión Europea, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en de 20 de diciembre de 2017
- . España, Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 de 15 de noviembre (Sala primera)
- . España, Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso 12/07/2019 .

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Informe "Al contratar a una persona con discapacidad, ¿es legal que la empresa le solicite el Dictamen Técnico Facultativo que forma parte de su certificado de discapacidad?" <https://cesida.org/clinica-legal/>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario:

Antes de responder a su consulta, quisiera darle las gracias por haber acudido a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y haber puesto en nosotros su confianza para resolver sus dudas.

A continuación, le expondremos las partes entre las cuales se ha dividido su consulta:

Introducción

Pruebas médicas para el acceso a un puesto de trabajo

Documentación a disposición de la empresa

Acciones legales

Conclusiones

Introducción

Nos ha comentado que ha presentado para el puesto de trabajo en una empresa de papelería, que tiene una discapacidad y que en dicho puesto le han solicitado informes médicos donde consten todas sus enfermedades. A continuación, le expondremos cuales son las pruebas médicas que se practican para acceder a un puesto de trabajo. Además le explicaremos a qué información tiene acceso la empresa. Por último, qué acciones legales puede iniciar.

Pruebas médicas para el acceso a un puesto de trabajo

A la hora de incorporarse en un puesto de trabajo, el trabajador debe someterse a unas pruebas médicas, las cuales indican si su estado de salud es apto para realizar dicho trabajo. Debe tener presente que las pruebas médicas no son un requisito que se exige en todos los trabajos. Esto se debe a que el artículo 22 de la LPRL establece en primer lugar que la vigilancia del estado de salud solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, es decir, es de carácter voluntario y no obligatorio. Sin embargo, añade que se exceptuarán de dicho carácter voluntario los siguientes supuestos:

- Los casos en los que el reconocimiento sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los empleados.

- Los casos en los que sea necesario verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los compañeros o para otras personas relacionadas con la empresa.
- Los casos en los que esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad

Estas pruebas deben realizarse por el personal sanitario y bajo protocolos específicos con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador, conforme a los cuales, aquéllas comprenderán una historia clínica, un control biológico con los estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo, una descripción detallada de éste y del tiempo de permanencia o exposición a éste, así como de los riesgos detectado en el análisis de las condiciones de trabajo. Además, el empresario sólo podrá ser informado de la capacidad plena o parcial del trabajador (si es o no es apto) sometido a tales reconocimientos médicos y, en su caso, de las recomendaciones sobre las medidas de protección a adoptar en atención a su estado de salud. Esto está regulado en el art. 14 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, que establece que el empresario deberá garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Documentación a disposición de la empresa

Nos ha comentado que además del certificado de discapacidad, le piden que les proporcione un informe en el que consten todas las enfermedades. Bien, conforme a la ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se entiende como informe médico: todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla. Y este tipo de información se consideraría un dato personal conforme al artículo 3 de la LOPDP define el dato personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Ante esto se ha pronunciado la sentencia SAN de 27 de abril de 2005. En ella expresa que el porcentaje de discapacidad es, por tanto, un dato relativo a la salud, pues cualquier forma de discapacidad conlleva una minusvalía o una disfunción en el órgano del cuerpo afectado.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 20 de diciembre de 2017 ha precisado que el concepto de información tiene "un significado muy amplio, que no se ciñe a los datos confidenciales o relacionados con la intimidad, sino que puede abarcar todo género de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean "sobre la persona en cuestión". De este modo la recurrente entiende que las mediciones sobre los consumos horarios individuales constituyen información, en el sentido del artículo 3.a) de la LOPD.

Esto mismo lo remarca el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En el apartado f) del punto primero de este precepto, se establece que por dato personal debe entenderse "cualquier

información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Por lo tanto, es indiferente la forma o modo en que se encuentre la información personal, cualquiera que sea la naturaleza de ésta tendrá la consideración legal de dato personal siempre que se refiera a una persona física, identificada o identificable. En el apartado o) de este mismo artículo se precisa que persona identificable es: “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Por tanto, al solicitarle este tipo de información se estarían vulnerando sus derechos fundamentales.

Asimismo, cuando un trabajador con discapacidad accede a un nuevo puesto de trabajo, la empresa ordinaria correspondiente o el Centro Especial de Empleo (en adelante, CEE) le solicita que aporte la resolución, el certificado y el Dictamen Técnico Facultativo (en adelante, DTF) esto se hace con el fin de acreditar su condición de persona con discapacidad. El DTF contiene datos de carácter personal relativos a la salud, por lo que para su utilización debería partirse de la autorización y el consentimiento del titular de los datos, según establece el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Sin embargo, al solicitarle el DTF a la persona como un requisito imprescindible para acreditar su condición de discapacidad, se le está obligando en cierta forma a compartir este tipo de datos, por lo que no se respeta este principio de consentimiento. Asimismo, el artículo 7.6 de la LOPD establece que los datos de carácter personal relativos a la salud podrán ser objeto de tratamiento cuando el mismo resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médico o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otro personal sujeto asimismo a una obligación equivalente de secreto y siempre con consentimiento expreso por parte de la persona. La necesidad de consentimiento se encuentra exceptuada por el artículo 7.3 de la LOPD en los casos en que una Ley habilite expresamente para el tratamiento. En ese caso, el tratamiento de datos debería efectuarse en los mismos términos, es decir, por profesionales sanitarios sometidos al secreto profesional y con las finalidades indicadas en tales disposiciones. Por tanto, la información médica debe estar a disposición de las personas cualificadas. Ya que, para acceder a un puesto de trabajo, el empresario debe tener acceso a la documentación que le indique si la persona es o no es apta para desempeñar el trabajo, pero no significa que el empresario debe tener el acceso directo a esa información. Igualmente, el DTF tan solo aporta, como información complementaria al certificado y resolución del reconocimiento del grado de discapacidad, información sobre los datos de salud de la persona que han sido valorados para concederle un determinado grado de discapacidad y, por tanto, sobre el origen de la discapacidad reconocida. Asimismo, el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la condición de discapacidad se acredita mediante:

- Resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.
- Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Por tanto, la aportación de cualquiera de estas resoluciones relativas al grado de discapacidad, tanto en el ámbito público como privado, debería ser suficiente para constatar dicha situación.

Sin embargo, no todas las personas cuya discapacidad comparte un mismo origen cuentan con las mismas capacidades, ya que como sucede con las personas con discapacidad por VIH, no se trata de un grupo homogéneo. Asimismo, la discapacidad por VIH puede tener una incidencia mínima en la capacidad de trabajar o bien, cuando está acompañado de otras enfermedades o cuando la persona se encuentra en un estadio avanzado de la infección, puede entrañar repercusiones graves que hagan necesaria la prestación de un grado considerable de apoyo y asistencia. Por ello, en el caso de las personas con el VIH o con otras enfermedades, a través del DTF no se puede presuponer cuáles son las capacidades que tiene afectada la persona trabajadora solamente con conocer este diagnóstico. Además, la solicitud del DTF para acogerse a beneficios para los trabajadores con discapacidad resulta contraria a los principios de confidencialidad de los datos de salud de las personas y por tanto ilegal. Por consiguiente, la solicitud de cualquier otra información relativa a esta cuestión sería contraria a lo dispuesto en la LOPD y vulneraría, de esta forma, los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución Española.

Cabe señalar, que incluso cuando se incorpore al puesto de trabajo, la empresa no tiene derecho de estar al tanto de su estado de salud, salvo en caso de que su estado de salud sea un impedimento para la realización correcta de su trabajo. Esto está regulado en la ley de Riesgos Laborales, donde su artículo 22 precisa que “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”. Por tanto, si esta realizado su trabajo de forma correcta y su estado de salud no le perjudica no hay necesidad de dar a conocer este.

Ante esto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional con las Sentencia 196/2004, donde en el fundamento jurídico 6, señala que la vigilancia de la salud sólo podrá ser exigida al trabajador en la medida en que se vincule a una finalidad preventiva. De ese modo, la prevención de los riesgos laborales graves e inminentes justificarán la adopción de medidas de restricción de los derechos de los trabajadores por ejemplo imponiendo reconocimientos médicos o limitando las tareas que pueden desempeñarse, si existe una situación real de riesgo que no pueda ser eliminada o atenuada a través de la adopción de otras medidas que exijan mejores sacrificios y molestias o a través de la dotación de equipos de protección individual. Asimismo, en el caso del VIH, la

situación real de riesgo puede ser eliminada o atenuada con la adopción de las medidas de precaución universal, por tanto, esta medida sería injustificada.

Acciones legales

Anteriormente, le hemos comentado que, al exigirle el informe médico, tratándose éste de una información de carácter personal y de esta manera siendo una vulneración de sus derechos. Como ya le comentamos en apartados anteriores, la utilización de información sobre el estado de salud sería una vulneración de sus derechos fundamentales ya que dicha información personal afectaría al derecho a la confidencialidad de los datos de carácter personal.

Por tanto, en caso de que esta situación prosiga, aunque le hay entregado la documentación a la que la empresa si tiene acceso, le recomendamos que se ponga en contacto con un abogado para que le indique las acciones pertinentes. Una de estas sería la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas regulada en el art. 177 de la ley de Jurisdicción social. Dicho artículo establece que están legitimados para interponer una demanda cualquier trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio. Además, podrá obtener tutela en esta jurisdicción cuando la vulneración se ha producido en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas. Por consiguiente, la denuncia a través de la jurisdicción social es una forma legal a través de la cual podrá actuar

Por otra parte, puede optar a la asistencia jurídica voluntaria, regulada por la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En lo que respecta a los requisitos para beneficiarse de este servicio, los encontramos en el artículo 3 de la ley. Este artículo habla sobre los requisitos económicos y personales. Sin embargo, el artículo 5.2 de ley establece que: “se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad”. Por lo tanto, al tener reconocida la discapacidad, puede beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a la solicitud, puede acercarse al colegio de abogados de su ciudad e informarse sobre cómo realizar la petición o realizarla a través de Internet disponible en este enlace https://www.icar.es/ciudadanos/turno_oficio/solicitud.

Asimismo, no es necesario que diga que tiene VIH al solicitar la consulta. Después cuando le asignen un abogado le aconsejamos que le de toda la información ya que por el secreto de profesión esa información va a quedar entre usted y su abogado.

Conclusiones

Tal y como le hemos comentado la empresa que le va a contratar no debe solicitarle esa clase de información, ya que con el control médico habitual es suficiente para saber si es apto para desempeñar el trabajo. Igualmente, al estar en posesión del certificado del grado de discapacidad no es necesario que le facilite ningún tipo de documentación médica más. Además, le recordamos que una vez incorporado al puesto de trabajo no le pueden obligar a realizar pruebas médicas ni que solicite información adicional sobre

su estado de salud. Ya que no le pueden obligar y en caso de hacerlo estarían vulnerando sus derechos fundamentales. Y ante este tipo de vulneración puede interponer una demanda por la vía de lo Social.

Asimismo, en caso de que la empresa siga insistiendo en solicitarle dicha información médica la cual es una vulneración de sus derechos fundamentales, le recomendamos que solicite la asistencia jurídica gratuita a través del colegio de abogados de su ciudad.

Esperamos que la respuesta le haya sido de utilidad y si tiene cualquier otra pregunta, no dude en ponerse en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Igualmente responde a esta categoría las consultas en las que se debe analizar la pertinencia de la inclusión de la prueba de detección del VIH (CESIDA-2021-38) o de las preguntas que se realizan en formularios estandarizados en las clínicas odontológicas. Creemos que estos formularios estandarizados que se aplican a todas las personas deberían ser modificados para cumplir con las reglas y principios propios de la legislación de protección de datos que limitan el tratamiento de datos de salud por ser sensibles. No consideramos legítima la pregunta sobre el estado serológico de una persona cuando se acude por primera vez a una clínica odontológica sin saber qué atención requieres o vas a necesitar. Una vez aclarado este punto, la pregunta sí puede ser legítima y oportuna.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es requerido para autorizar la realización de un análisis de sangre para la detección de VIH y consumo de drogas en un único documento para entrar a formar parte de la plantilla de trabajo en una empresa de automoción. Desea conocer si la empresa tiene derecho a pedir dichos análisis y si pueden solicitar un mismo consentimiento para ambas pruebas.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

-. ¿Cuál es el procedimiento que está llevando a cabo como denuncia interna con los mecanismos de los que dispone la empresa que nos comentó?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 18. Derecho a la intimidad.

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

Artículo 5. Deber de confidencialidad.

-. Reglamento 2016 /679 Europeo de Protección de Datos.

Artículo 5. Principios relativos al tratamiento de los datos personales.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales.

-. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274.

Artículo 2 Principios básicos.

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Artículos 109 a 115. De la responsabilidad civil y su extensión.

Artículo 1101 Indemnización por daños y perjuicios.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Sentencia 196/2004 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle la confianza depositada en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para solucionar su consulta, ya que gracias a usted desarrollaremos nuevas habilidades y capacidades, lo cual nos ayudará a ser mejores profesionales.

ÍNDICE DE LA CONSULTA

1. Confidencialidad de datos personales.
2. Derecho a la intimidad.
3. Prueba de drogas y detección de VIH no justificadas.
4. Consentimiento único para ambas pruebas.

1. Confidencialidad de datos personales.

El artículo 5 del Reglamento Europeo de Protección de Datos establece que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado, de forma que se garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los mismos, incluso para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento.

El Reglamento de Protección de Datos prohíbe en su artículo 9 el tratamiento de los datos personales de salud salvo que sea necesario, bien para «fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social», bien para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo a los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado».

De este modo, los datos relativos a la salud de los trabajadores pueden recopilarse, almacenarse y consultarse, siempre que su tratamiento esté amparado en una norma con rango de ley y «sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes».

Para el caso que nos concierne, entendemos que el trabajo en una empresa de automoción no supone un puesto en el que sea estrictamente necesario conocer si el candidato es consumidor de drogas o si es paciente con VIH.

Las revisiones médicas periódicas son habituales en muchas empresas, en las que desean asegurarse de que sus trabajadores están capacitados para desempeñar las tareas del puesto de trabajo que ocupan. Sin embargo, debe ser algo exclusivamente y consentido.

En los casos en los que se realizan dichas pruebas de drogas anteriores a la contratación, el candidato al puesto también tiene el derecho a rechazar esta prueba siempre y cuando no sea algo obligado por las características en sí del trabajo, lo cual no es el caso.

A su vez, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, manifiesta que los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad mencionado en el apartado anterior.

Es un deber complementario al deber de secreto y las obligaciones establecidas se mantendrán incluso cuando haya finalizado la relación entre los responsables o encargados del tratamiento y la persona física o jurídica que cede los datos.

La disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos manifiesta que los datos tratados con fines de investigación en el ámbito de la salud

deberán exigir un compromiso de confidencialidad y la seguridad de que no se va a realizar ninguna actividad de reidentificación.

Los datos personales relativos a la salud son considerados como datos especialmente sensibles, por lo que el principio de confidencialidad cobra especial importancia.

2. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad queda reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española e impide la intromisión ilegal en la intimidad personal referida al estado de salud.

A su vez facilita un poder de control sobre los datos de la salud que los titulares del derecho quieren que se conozcan por terceras personas.

La Sentencia 196/2004 del Tribunal Constitucional establece en su fundamento jurídico 2, que «el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno».

Queda vulnerado así el derecho a la intimidad personal cuando de nuevo según el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 2 de la sentencia 196/2004, «la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida».

3. Prueba de drogas y detección de VIH no justificadas.

El VIH no tiene por qué tener ninguna relación con los factores de riesgo del trabajo por lo tanto no estaría justificada la prueba de detección del mismo en este caso.

Las pruebas de detección de VIH sólo son obligatorias para la realización de donaciones de sangre, plasmas sanguíneos y productos hemoderivados, para los trasplantes e implantación de órganos humanos y en las técnicas de reproducción asistida.

Aunque sin duda lo más destacable es el factor que determina que toda actuación sanitaria requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios después de que el paciente haya recibido la información adecuada.

Nos referimos a lo que se conoce como “consentimiento informado”. El consentimiento informado supone la conformidad libre y voluntaria del paciente tras haber recibido la información fundamentada para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud.

La Ley española básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica desarrolla que toda

actuación sanitaria requiere del previo consentimiento del paciente después de haber recibido una información detallada y adecuada.

Es posible que usted pueda pedir una indemnización por el daño moral causado por la empresa ya que dichas pruebas no son necesarias para la obtención del puesto de trabajo puede suponer así una vulneración de su derecho a la intimidad.

La posible indemnización por daños morales que solicite podrá integrar aquellos elementos que han sido vulnerados en usted como la ofensa o el sentimiento de discriminación.

Usted podría también denunciar dicha infracción ante la Agencia Española de Protección de Datos, la cual tiene encomendada la función de vigilar el cumplimiento de la normativa de Protección de Datos de Carácter Personal y para ello dispone de potestades de inspeccionar y sancionar las infracciones que demuestre.

Adjunto le facilito, por si lo desea, el formulario para presentar la misma: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/wp-content/uploads/2019/07/modelo-denuncia-aepd.pdf>

4. Consentimiento único para ambas pruebas.

En cuanto a su cuestión de si la empresa puede solicitar un mismo consentimiento para ambas pruebas, de drogas y serológica, comentarle que no existe ninguna normativa que prohíba el mismo.

5. Asistencia Jurídica Gratuita.

Para la defensa de sus derechos, usted podrá solicitar asistencia jurídica gratuita.

El artículo 2 a) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita manifiesta que tendrán derecho a la misma: *“los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*.

La asistencia jurídica gratuita podrá reconocerse si carece de patrimonio suficiente, siempre y cuando sus ingresos anuales computados por todos los conceptos y por unidad familiar no superen los umbrales establecidos en el artículo 3 de dicha Ley:

a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

Actualmente, en el año 2021 el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) se sitúa en 6778,80 euros.

Por tanto, si usted no está integrado en ninguna unidad familiar y computa unos ingresos anuales iguales o inferiores a 13.557,6 podría optar al servicio de asistencia jurídica gratuita.

Si usted se encuentra integrado en una unidad familiar de menos de 4 miembros y computa unos ingresos anuales iguales o inferiores a 16.947 euros podría optar al servicio de asistencia jurídica gratuita.

Si usted se encuentra integrado en una unidad familiar de 4 o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente y computa unos ingresos anuales iguales o inferiores a 20.336,4 euros podría optar al servicio de asistencia jurídica gratuita.

Pero, en caso de haber sobrepasado dichos niveles, el artículo 5 de la Ley determina un reconocimiento excepcional del derecho atendiendo a las “circunstancias de salud del solicitante (...) y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional”. En definitiva, si el procedimiento judicial se encuentra relacionado con el VIH, ya sea por circunstancias de salud o por tener reconocido un grado de discapacidad, podría tener derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.

Si usted obtuviese el derecho a la asistencia jurídica, el artículo 6 de la Ley establece las prestaciones incluidas a las que podría acceder:

1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos.

2. Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva.

3. Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.

4. Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.

5. Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas.

6. Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial.

Debe tener en cuenta, que usted, aun habiendo obtenido el derecho a la Asistencia jurídica gratuita, y siendo beneficiario de todas las prestaciones anteriormente descritas, podrá optar por abogado y procurador de su libre elección.

Por otro lado, en caso de que usted sólo optase por la asistencia de un abogado del Turno de Oficio, sin obtener el reconocimiento de la Asistencia jurídica gratuita, deberá abonarle la minuta correspondiente.

CONCLUSIONES

En primer lugar, en cuanto a su consulta de si ambos análisis, tanto de VIH como de drogas pueden implantarse en una misma autorización, sepa que no existe normativa que impida dicha práctica.

En segundo lugar, si desea demandar a la empresa por haber vulnerado su derecho a la intimidad, sepa que puede demandar ante la jurisdicción civil por los daños morales causados hacia su persona, o bien interponer una denuncia a la Agencia Española de Protección de Datos para sancionar así la infracción realizada por parte de la empresa al no ser necesario el conocimiento de si usted es positivo en VIH o no.

Esperamos haber resuelto sus dudas. Muchas gracias por contactarnos.

Clínica Legal UAH.

En el caso de los cuestionarios de salud estandarizados en las clínicas odontológicas sirve este ejemplo (CESIDA-2021-54).

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona quiere contratar un determinado servicio con una clínica dental y esta le pregunta en un cuestionario, entre otras preguntas, si padece o ha padecido Hepatitis o SIDA. El usuario pregunta acerca de la legalidad y confidencialidad que supone incluir dicha pregunta en el cuestionario.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

Artículo 39. Tratamiento de datos personales

-. Constitución española

Artículo 18. Derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Artículo 2. Principios básicos

Artículo 3. Definiciones legales

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial

Artículo 7. El derecho a la intimidad

Artículo 14. Definición y archivo de la historia clínica

Artículo 16. Usos de la historia clínica

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Artículo 1. Objeto de la ley

Artículo 13. Derecho de acceso

Artículo 14. Derecho de rectificación

Artículo 15. Derecho de supresión

Artículo 16. Derecho a la limitación del tratamiento

Artículo 17. Derecho a la portabilidad

Artículo 18. Derecho de oposición

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- STC 134/1999, de 15 de julio (F.J. Quinto)

- STC 70/2009, de 23 de marzo (F.J. Segundo)

- Auto TC 600/1989, de 11 de diciembre (F.J. Segundo)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de Murcia: *“El Colegio de Odontólogos recuerda la importancia de la prevención en la lucha contra el VIH y SIDA”*

- Blog Clínica Odontológica Dr. García-Velasco: *“VIH en odontología”*

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento legal sobre su situación.

Gracias a la confianza depositada vamos a poder mejorar nuestro aprendizaje aplicando nuestros conocimientos a un caso real.

ÍNDICE

1. **Derecho a la intimidad personal**
2. **Tratamiento de datos personales**
3. **Derecho a la intimidad personal en la asistencia sanitaria**
4. **Derechos en la LO 3/2018**
5. **Conclusiones**

1. Derecho a la intimidad personal

En el artículo 18.1 de la Constitución Española se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De acuerdo con este precepto, el derecho a la intimidad personal goza de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

De hecho, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 134/1999 afirma que *“el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”* (F.J. Quinto).

Además, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en cuanto al estado de salud, incluyéndolo dentro de las materias que configuran la intimidad personal. En la Sentencia 70/2009 afirma que *“dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada”* (F.J. Segundo).

2. Tratamiento de datos personales

Como se ha indicado en el apartado anterior, la condición de seropositivo es un dato personal que merece de especial protección. Por ello, establece la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales en su primer artículo que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el art. 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en dicha ley orgánica.

De esta forma, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril afirma en su artículo 39 lo siguiente:

“Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados (...). En particular, los fines específicos del

tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida.

Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados (...). Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento”.

En el caso concreto la duda que podría surgirnos es si la información relativa a la condición de VIH es pertinente o no para el acceso a un determinado servicio de una clínica dental.

En primer lugar, debemos destacar que el personal de odontología está obligado a tratar a estos pacientes sin ningún tipo de discriminación. No obstante, también debemos tener en cuenta que, en una consulta, el personal sanitario corre el riesgo de adquirir el virus entrando en contacto con la sangre del paciente. Ahora bien, si se mantienen las normas de bioseguridad, como por ejemplo el lavado y desinfección de manos, uso de guantes, mascarillas, vestuario protector, uso de elementos desechables, limpieza y esterilización de los instrumentos y superficies, se evitará la transmisión del virus del paciente al personal sanitario y a los demás pacientes.

Por tanto, actualmente se toman muchos métodos de protección, desinfección y esterilización de instrumentos por parte del personal sanitario para proporcionar seguridad a los tratamientos odontológicos.

En la práctica dental las recomendaciones para el control de infecciones deben ser seguidas por todos los profesionales con todos los pacientes, por lo que no tiene sentido que un paciente deba, en principio, estar obligado a comunicar que es seropositivo a no ser que la intervención o tratamiento que se le vaya a realizar exija la adopción de un protocolo específico ante una posible infección.

3. Derecho a la intimidad personal en la asistencia sanitaria

La Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que desarrolla la Ley 14/1986, General de Sanidad, incluye en su artículo 2 el respeto a la intimidad personal y el deber de reserva entre sus principios básicos.

Ese respeto se ve reforzado por el artículo 5 que afirma que el titular de la información asistencial es el paciente, quién podrá oponerse a que se informe a terceras personas de tal información. Con información asistencial nos referimos a *“todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”* (art. 3 Ley 41/2002).

De otro lado, el artículo 7 de la Ley 41/2002 expresamente reconoce el derecho de toda persona *“a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”*, y conmina a los centros sanitarios para que adopten las medidas oportunas para garantizar

ese derecho. De esta manera, la Ley 41/2002 garantiza que el acceso a la información asistencial que se incluye en la historia clínica (definida en el art. 14) sólo pueda realizarse por aquellas personas que tengan un interés legítimo (ya sea asistencial, epidemiológico, de investigación, judicial o administrativo) y que, en todo caso, las personas que tienen acceso han de guardar el deber de secreto (art. 16).

Además, en España rige la regla general de la confidencialidad de la información clínica. Esta regla se configura mediante el derecho del paciente al secreto médico y la obligación de guardar secreto profesional, esto es, la obligación que tienen los profesionales de la salud de mantener en secreto, de no divulgar ni revelar, aquella información de la que tienen conocimiento sobre el estado de salud de una persona que se la ha revelado para poder obtener la prestación o servicio que se ofrece.

En el Auto 600/1989 del Tribunal Constitucional se afirma lo siguiente:

“El secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza.

Ello adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la medicina y el paciente, basada firmemente en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el secreto profesional sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes” (F.J. Segundo).

Por tanto, el paciente no tiene que tener miedo a revelar su condición de VIH siempre que ello sea necesario, debiendo estar tranquilo al tratarse de un dato personal cuyo único titular es el paciente y cuya confidencialidad, en principio, está asegurada ya que existe deber de secreto profesional en el ámbito sanitario y, además, solo podrán acceder a este tipo de datos quienes tengan fines legítimos.

4. Derechos LO 3/2018

Como ya se ha explicado, el Reglamento Europeo 2016/679 tiene como finalidad proteger el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pues se considera que la recogida, el uso y la comunicación de este tipo de datos pueden suponer un riesgo para este derecho de las personas. Por ello reconocen los siguientes derechos:

- a) El derecho a que se requiera el previo consentimiento inequívoco del afectado para la recogida y el uso de sus datos, o, en cualquier caso, que exista otra base jurídica que legitime el tratamiento de los datos.
- b) El derecho del titular de los datos o afectado a ser informado sobre el destino, plazo y uso que se va a hacer de sus datos.
- c) Derecho a suprimir tus datos si se usan para fines ilícitos o llega a termino la finalidad para la que fueron recabados.

De otro lado, en la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales también se reconocen otros derechos que permiten que una persona física pueda ejercer el control sobre sus datos personales.

- a) Derecho de acceso: El derecho de acceso es el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.
- b) Derecho de rectificación: es un derecho que consiste en la potestad del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos.
- c) Derecho de cancelación: es el derecho del afectado a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos.
- d) Derecho de oposición: consiste en el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal.

A estos derechos tradicionales se han añadido otros como:

- e) Derecho de portabilidad: El interesado tendrá derecho a que el responsable transmita sus datos a otro responsable del tratamiento o al mismo interesado, mediante un formato estructurado de uso habitual y lectura mecánica, cuando el tratamiento se efectúe por medios automatizados.
- f) Derecho de olvido o supresión: El usuario tendrá derecho a solicitar al responsable del tratamiento la supresión de sus datos personales cuando concurra determinadas circunstancias como por ejemplo que los datos ya no sean necesarios para cumplir la finalidad para la cual fueron recabados.
- g) Derecho a la limitación del tratamiento de datos personales

En definitiva, aunque la clínica dental precise de un dato personal tal como es la condición de VIH de un paciente, la legislación actual le reconoce a este último los derechos mencionados para ejercer el control sobre dichos datos personales.

5. Conclusiones

El estado de la salud es una de las materias que configuran la intimidad personal consagrada en el artículo 18 de la Constitución. Por tanto, cualquier dato relativo a dicho estado, como por ejemplo es la condición de VIH, es un dato personal que goza de especial protección.

La legislación actual de protección de datos compuesta por la LO 3/2018, de 5 de diciembre y el Reglamento (UE) 2016/679 exigen:

- Que el tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal
- A las personas físicas les debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando y tratando sus datos personales.
- Los fines del tratamiento de datos personales deben ser explícitos y legítimos, determinándose en el momento de su recogida.
- Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados.
- Se debe garantizar la seguridad y confidencialidad de dichos datos.

Podemos decir que en el ámbito sanitario resulta adecuado y pertinente que el personal conozca la condición de VIH de los pacientes en determinadas ocasiones. Por ejemplo, en una consulta el personal sanitario corre el riesgo de adquirir el VIH cuando entra en contacto con la sangre del paciente. No obstante, en el ámbito odontológico existen unas normas de bioseguridad (lavado y desinfección de manos, uso de guantes y mascarillas, vestuario protector, uso de material desechable, limpieza y esterilización de instrumentos y superficies, etc.) que evitan la transmisión de cualquier virus del paciente al personal sanitario y a los demás pacientes.

Como todas estas normas son seguidas por todos los profesionales con todos los pacientes, no tiene sentido que un paciente deba, en principio, estar obligado a comunicar que es seropositivo a no ser que la intervención o tratamiento que se le vaya a realizar exija la adopción de un protocolo específico ante una posible infección.

No obstante, no se debe tener miedo por parte de los pacientes a comunicar la condición de VIH puesto que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre asegura que el único titular de la información asistencial del paciente es el propio paciente, debiéndose respetar el carácter confidencial de los datos referentes a la salud. Además, el acceso a la historia clínica del paciente solo puede realizarse por aquellas personas que tengan un interés legítimo y estas están obligadas a guardar el deber de secreto, en este caso, médico.

Finalmente, para la efectiva protección de los datos de carácter personal se les conceden a las personas físicas una serie de derechos que les permiten ejercer un poder de control sobre sus datos personales. Estos son el derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición, portabilidad, olvido y derecho a la limitación del tratamiento de datos personales.

Esperamos que esta información le sea de utilidad

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

De igual forma, hemos considerado como casos de limitación aquellas consultas en las que la legislación abogaba por la universalidad de un derecho, pero en la práctica no se alcanza. La universalidad es uno de los rasgos definitorios de los derechos humanos cuando se analizan desde su dimensión ética. Esta universalidad significa que todas las personas comparten la misma dignidad humana y, por lo tanto, todas las personas deben

tener reconocidos unos derechos que dan acceso a unos bienes primarios de los que nadie estaría dispuesto a renunciar. La universalidad es una característica esencial de los derechos que no permite establecer a quiénes se adscriben esos derechos. El acceso universal a las prestaciones sanitarias, que debe incluir la prestación farmacéutica dispensada de urgencia o de forma ambulatoria, es indispensable para las personas con VIH o que estén en riesgo de infectarse, dado el alto coste que tiene el tratamiento antirretroviral, la profilaxis post-exposición o la profilaxis pre-exposición. Sin un acceso universal y asequible no es posible disfrutar del derecho a la protección de la salud en el nivel más alto posible. Sin universalidad y asequibilidad, las personas con VIH o las que puedan estar en riesgo de infectarse se encontrarían con una barrera infranqueable a la hora de afrontar sus proyectos personales, pues su vida e integridad física dependen de que el suministro de tratamiento antirretroviral o de alguno de los tipos de profilaxis esté garantizado. Una vez que la respuesta científico-médica ha logrado desarrollar tratamientos farmacológicos que son seguros y efectivos para controlar o evitar la infección por VIH, transformando la vida de las personas infectadas o en riesgo de estar infectadas, es preciso que los determinantes legales de la salud hagan realidad el ideal de la universalidad.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta es realizada por un ciudadano extranjero que desea entrar en el país y quiere saber como acceder al tratamiento retroviral, también quiere saber la forma de regularizar su situación.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española de 1978.
- . Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- . Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.
- . Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- . Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- . Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- . Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queríamos agradecer por confiar en la Clínica Legal, ya que nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real. En primer lugar, hemos de concretar las diferentes cuestiones que se plantean en su caso:

1. Requisitos y situaciones de entrada en España. Formas de regularización.
2. Derecho de los extranjeros a la salud, acceso y empadronamiento.

1. Requisitos y situaciones de entrada en España.

Los extranjeros que estén en territorio español tienen el derecho y deber de tener la documentación identificativa de su identidad y situación en España, expedida por las autoridades competentes. como se indica en el artículo 4 de la LO 4/2000.

En el art. 25 de dicha ley se indican los requisitos para entrar en el país, siendo:

- Pasaporte.
- Título de viaje.
- Documento nacional de identidad o cualquier documento en vigor que verifique su identidad.
- No tener prohibiciones de entrada en el país indicadas en el art. 26, siendo tal situación cuando un extranjero ha sido expulsado, tengan prohibida la entrada por cualquier otra causa legal o no cumpla los requisitos de entrada mencionados anteriormente.

Con respecto a la forma de entrada en el país puede realizarse de diferentes formas:

- Mediante visado.
- Mediante carta de invitación.
- En condición de turista.

El visado puede darse para la entrada en España por diferentes causas como residencia o trabajo, por lo que hay varios tipos de visado, los más relacionados con su caso pueden ser:

- Visado de estancia. Permite la estancia ininterrumpida o sucesivas durante un período de tres meses por semestre como máximo, desde la fecha de la primera entrada.
- Visado de residencia. Permite únicamente la residencia.
- Visado de residencia y trabajo. Habilita para entrar y establecerse durante un período de tres meses como máximo para comenzar la actividad laboral, si pasado dicho período no se ha incorporado al mercado laboral con la correspondiente situación de alta de la Seguridad Social, está obligado a salir del territorio.
- Visado de residencia y trabajo de temporada. Se permite trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos.

El visado se solicita y expide en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, su concesión le permite presentarse en la zona fronteriza y solicitar la entrada, también a permanecer en el territorio español para la situación por la que ha sido expedido.

En el caso de entrada mediante una carta de invitación, se basa en que un español o residente en España solicita el acogimiento de usted en su domicilio por un período máximo de 90 días, comprometiéndose a hacerse cargo de usted durante la estancia.

El último supuesto de entrada, y el mencionado por usted, es como turista, en este supuesto estaría de forma legal durante 90 días y la documentación necesaria para la entrada serían el pasaporte, título de viaje y el documento nacional de identidad o cualquier documento que permita su identificación.

Se considera estancia a la permanencia en el territorio durante un periodo máximo de 90 días, pasado el plazo es necesario obtener una prórroga de la estancia o permiso de residencia, pudiendo darse dos situaciones:

- Entrada con visado, su duración es inferior a tres meses, por tanto no se puede prorrogar más de tres meses en un período de seis.
- Entrada sin visado, si hay causas excepcionales se puede autorizar una estancia de más de tres meses.

La consideración de los extranjeros como residentes se da cuando cuentan con una autorización para residir, puede ser:

- Residencia de trabajo temporal le permite residir en España por un plazo superior a 90 días e inferior a 5 años, dentro de ese periodo se puede realizar una solicitud de renovación en relación con las circunstancias de su concesión.
- Residencia de larga duración le autoriza para residir y trabajar de forma indefinida, para poder solicitarlo debe haber tenido durante cinco años de forma continuada la residencia temporal.

Una vez pasado el período que le corresponda en el visado, pasados los 90 días de condición de turista, los 90 días de entrada con carta de invitación, no tener prórroga de estancia o carecer de una autorización de residencia, pasa a encontrarse en una situación irregular en el territorio español, como se indica en el art. 53.1.a).

Dicha situación irregular conlleva una serie de sanciones, indicadas en el art. 57, tramitándose un expediente administrativo y mediante resolución motivada en base al principio de proporcionalidad, dando lugar a una sanción de multa o la expulsión del territorio, no se imponen de forma conjunta. En el caso de que haya sido condenado por delito doloso dentro o fuera de España, con una pena privativa de libertad superior a un año, supone una causa de expulsión.

Las formas de regularizar su situación son tres, vienen indicadas en LO 4/2000:

- Arraigo social, siendo necesario la presentación junto con la solicitud de autorización de residencia, del certificado de empadronamiento, también se pueden aportar otros documentos como facturas o justificantes de asistencia médicos. Debe solicitarlo en la Delegación o Subdelegación de Gobierno de la provincia donde se encuentre

empadronado (en el último punto del documento le indicamos como poder empadronarse).

- Matrimonio, en el supuesto de contraer matrimonio con un ciudadano español, contraen matrimonio en base a la normativa civil española y desde ese momento tiene una serie de beneficios como convertirse en familia de un ciudadano comunitario y por tanto tiene derecho a la residencia y a solicitar la tarjeta comunitaria.

- Asilo político, reconocido a toda persona que por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas entre otros, tenga temores fundados de ser perseguido por estas causas, que deben ser demostradas por el interesado. Dado su país de procedencia no consideramos que pueda acogerse a esta vía.

2. Derecho de los extranjeros a la salud.

En primer lugar, hemos de concretar los derechos y libertades de los extranjeros, que se encuentran indicados en el art. 13 CE, siendo los establecidos en el Título I de la CE según los términos establecidos por la ley y tratados, donde también se encuentra el derecho de protección a la salud regulado en el artículo 43 CE.

Los derechos y libertades de los extranjeros como se mencionan en la Constitución tienen su desarrollo en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el tema en cuestión, en materia sanitaria se indica en el art. 12, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en los términos indicados en la legislación sanitaria.

Según lo indicado en la Ley 14/1986, General de Sanidad se establece la protección a la salud a todos los españoles y extranjeros que tengan su residencia en España, en el supuesto de no residentes tienen garantizado este derecho mediante lo establecido en las leyes y convenios internacionales.

El derecho a la asistencia sanitaria surge por la residencia legal como se desarrolla mediante Real Decreto-Ley 7/2918, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud se modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la estancia temporal o de larga estancia, en caso de no tener esta situación como en el caso de los turistas, no tienen derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos, para obtener la asistencia deberán pagar la contraprestación o cuota del servicio.

En el caso de los inmigrantes con situación ilegal como se indica en la ley en el art. 3 ter, son titulares del derecho a la salud y atención sanitaria igual que los nacionales y los inmigrantes con situación legal en España, se puede encontrar en esta situación si continua en el territorio español pasados los 90 días de la condición de turista.

Acceso a la salud y empadronamiento. Para que se le determine un centro de salud para poder acceder a su tratamiento médico tiene que empadronarse mediante la inscripción en el Padrón del municipio donde vaya a residir de forma habitual, una vez asignado el centro debe solicitar un médico y pedir cita con él, el cual posteriormente le derivará al hospital para estudiar su caso concreto, para lo cual le recomendamos que lleve sus

informes clínicos y medicación que pueda necesitar durante el tiempo que pueda durar el trámite.

En relación con la inscripción en el padrón municipal tiene que aportar una serie de datos de forma obligatoria:

- Nombre y apellidos.
- Sexo.
- Domicilio habitual.
- Nacionalidad.
- Lugar y fecha de nacimiento.
- En su caso número de tarjeta de residente en vigor o número de identificación de extranjero, número del documento acreditativo de la identidad o en el caso de no tener estos documentos el pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia.
- Certificado o título escolar o académico que se posea.

Gracias por contactar con nosotros, esperamos que la información le haya sido de utilidad y le invitamos a contactar nuevamente con nosotros si tiene alguna cuestión. Le recordamos que este servicio es gratuito.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Y, por último, entre los casos de solicitud de información queremos destacar dos. El primero es el de una persona con VIH que quiere adoptar (UAH-2021-137) y el segundo es el de una mujer con VIH que quiere saber cómo es la regulación en España si decide alimentar de forma natural a su hijo recién nacido (UAH-2021-38). En el primer caso observamos cómo aunque legalmente en España no existen barreras normativas que impidan la adopción a las personas con VIH, éstas se mantienen a nivel internacional.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario con VIH solicita información relativa a la adopción de menores.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

Marco Internacional

- . Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 26 de enero de 1990. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313 (en adelante Convención sobre los Derechos del Niño).

Marco Nacional

- . Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311 (en adelante CE).

- . Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de enero de 1996, núm. 15.

- . Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (en adelante Ley 6/1995).

- . Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 1889, núm. 206 (en adelante CC).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de junio de 2019, núm. 138 (en adelante STC 64/2019, de 9 de mayo)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- . CESIDA. (2016, diciembre). *Adopción en Positivo*. <https://cesida.org/blog/noticias/cesida-presenta-la-campana-adopcion-positivo-fomentar-la-adopcion-menores-vih/>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle su confianza en contactar con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento e información legal. La respuesta a la consulta se va a dividir en los siguientes apartados:

- Adopción internacional
- Adopción nacional
- Proyecto de CESIDA “Adopción en Positivo”

La adopción es una medida de protección a la infancia que proporciona una familia definitiva a niños y niñas que, por determinadas circunstancias, no pueden permanecer

en su familia de origen. Cabe destacar, los distintos tipos de adopción que van a explicar a continuación:

Adopción internacional

La adopción internacional es un recurso excepcional para aquellos niños que por diversas razones no pueden ser cuidados por sus familias. Es decir, la adopción internacional no es una solución para todos los niños y niñas pobres o para aquellos cuyas familias tienen problemas para cuidarlos y educarlos adecuadamente, sino sólo para aquellos cuyo interés superior exige una solución permanente fuera de su familia.

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece que los Estados parte que reconocen la adopción cuidarán el interés general del niño. El interés superior del niño es definido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el artículo 2 de LO 1/1996 donde se establece que en todas las medidas concernientes a los niños por instituciones públicas o privadas, Tribunales, o órganos legislativos, primará el interés del menor. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta figura en la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4 donde establece que *“el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Es decir, que el interés superior del niño responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención (derecho a la educación, derecho a la salud, derecho a la libertad de expresión, etc.)”*.

El proceso de adopción Internacional en España se inicia a partir de la solicitud presentada por la persona interesada en la adopción de un menor de origen extranjero. Esta solicitud debe presentarse ante la administración pública española competente en materia de adopción en las diferentes Comunidades Autónomas (en su caso, la solicitud de adopción se presenta ante la administración competente de la Comunidad de Madrid), iniciándose así un proceso administrativo en España y, posteriormente, en el país de origen del niño. Cabe destacar que, este procedimiento de adopción es más complejo, consecuencia de los requisitos que la persona adoptante ha de cumplir, por un lado, los requisitos nacionales, y por otro lado, los requisitos del país de origen del menor adoptado, siendo estos determinados por el país de origen del menor, consecuencia de esta determinación por el país, son muchos los casos donde tienen lugar la prohibición de adopción de determinados grupos de personas, como puede ser personas con discapacidad, con cierta orientación sexual, e incluso con VIH.

A continuación en el siguiente enlace le adjuntamos más información sobre la adopción internacional:

- <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DGU%C3%8DA%20-%20ADOPCI%C3%93N%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20COMU>

[NIDAD%20DE%20MADRID.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352928530960&ssbinary=true](#)

Adopción nacional

A veces al iniciar un proceso de adopción surgen dudas entre los términos acogimiento y adopción de menores.

El acogimiento es una medida de protección de menores llevada a cabo cuando la Entidad Pública competente considera que los mismos se encuentran en una situación de desamparo, entendida como, la ausencia de la necesaria asistencia moral o material que les corresponde. De forma que, se encomienda la guarda del menor a otra persona distinta de los progenitores o tutores a su cargo, preferentemente a la familia extensa, es decir, los parientes del menor, aquellas personas que poseen una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta el tercer grado con el mismo, y si no fuese posible a una familia ajena.

Esta institución es de carácter temporal, es decir, se procederá al retorno del menor a su familia de origen si las circunstancias lo permiten y se considera que es lo mejor para el interés del mismo. Sin embargo, atendiendo a su duración y objetivos el artículo 173 bis del CC reconoce distintas modalidades de acogimiento familiar:

- Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, cuya duración no excederá de los seis meses.
- Acogimiento familiar temporal, es de carácter transitorio, bien porque se prevea la reintegración del menor en su propia familia o bien porque se adopte una medida de protección del menor más estable, que pueda dar lugar al acogimiento familiar permanente o a la adopción. En cualquier caso, tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prórroga.
- Acogimiento familiar permanente, se constituye bien al finalizar el plazo de los dos años del acogimiento temporal por no ser posible la reintegración del menor en su familia, bien en aquellos casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del mismo y su familia así lo aconsejen.

La adopción, por su parte, también constituye una medida para la protección de menores, sin embargo, una vez finalizado el trámite adoptivo ésta se constituye con carácter permanente. Así lo indica expresamente el artículo 178.1 del CC *“la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”*. Estos vínculos jurídicos a los que hace referencia el artículo son principalmente; la patria potestad (que se constituye en favor de los padres biológicos), el deber y derecho a alimentos, y los derechos sucesorios. Asimismo, el menor adoptado deja de tener los apellidos y la vecindad civil (incluso la nacionalidad si fuera el caso) de la familia biológica.

De conformidad con esta distinción, procedemos a analizar la figura de la adopción en nuestro ordenamiento.

La adopción es una medida de protección a la infancia que proporciona una familia definitiva a niños y niñas que, por determinadas circunstancias, no pueden permanecer en su familia de origen. Su regulación se encuentra contenida en el Código Civil.

Los requisitos que han de cumplirse para proceder a la adopción son los enunciados en los artículos 175 y siguientes del CC:

- El adoptante ha de ser mayor de veinticinco años. La diferencia de edad entre adoptante y adoptado tiene que ser de, al menos, dieciséis años pero no superior a cuarenta y cinco, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 del CC que se citan más adelante.
- Sólo pueden adoptarse los menores no emancipados. La emancipación puede producirse; bien una vez el menor alcance la mayoría de edad, por concesión de las personas que ejercen la patria potestad o mediante una concesión judicial.
- Con excepción, también ha lugar a la adopción de un mayor de edad o menor emancipado siempre que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiese existido una situación de acogimiento con el futuro adoptante o de convivencia estable con el mismo de, al menos, un año.

En cuanto a su procedimiento, la adopción se constituye mediante resolución judicial.

Antes de la iniciación del expediente de adopción es necesaria la obtención de una declaración de idoneidad por la Entidad pública correspondiente, de forma que, como establece el artículo 57 de la Ley 6/1995 la Administración autonómica sólo formula aquellas propuestas de adopción efectuadas por personas que han sido objeto de un estudio de sus circunstancias socio-familiares y mediante el cual, se permite obtener la certeza de que resultan idóneas para asegurar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas. Los criterios que tiene en cuenta la Administración para la declarar la idoneidad del solicitante son los previstos en el artículo 58 de la citada ley; a destacar, que la persona disfrute de un estado de salud físico y psíquico que no dificulte el normal cuidado del adoptado. Tal criterio no resulta descalificante para el proceso selectivo debido a que el VIH no tiene consecuencias que puedan suponer un impedimento para el cuidado del menor.

Una vez obtenida la misma, el expediente de adopción se iniciará mediante la propuesta de la Entidad Pública (en su caso, ante la Administración competente de la Comunidad de Madrid) a favor del adoptante declarado como idóneo para el ejercicio de la patria potestad, entendida como la responsabilidad parental que conlleva una serie de deberes y facultades reconocidos por el artículo 154 del CC:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.
- Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

No obstante, no se requerirá dicha propuesta cuando en el adoptado concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- Ser mayor de edad o menor emancipado.

Asimismo, las personas que desean adoptar han de asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada.

La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Sin embargo, cuando el interés del menor lo aconseje por razón de su situación familiar, edad u otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, puede acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y el adoptante. Sin perjuicio de que, es posible solicitar la suspensión o supresión de esta situación de contacto a petición de la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen o el menor si posee la suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Proyecto de CESIDA “Adopción en Positivo”

El proyecto “Adopción en positivo” impulsado por CESIDA tiene por objeto fomentar la adopción de menores con VIH.

En primer lugar, destacaremos que España es el segundo país del mundo con el mayor número de solicitudes de adopción internacional, no obstante, todavía se manifiesta un cierto “rechazo” hacia aquellos niños con VIH debido al desconocimiento y falta de información en la sociedad actual.

Cabe destacar, que los niños y niñas con VIH, en su mayoría proceden de países latinoamericanos, o de África, consecuencia de la deficiencia de éstos en materia sanitaria, lo que conlleva en muchas ocasiones a que durante el período de embarazo no se realicen los exámenes correspondientes que pueden prevenir el VIH. Este dato es destacable, debido a que mientras en África los niños con VIH que se encuentran en orfanatos no disponen de los tratamientos necesarios para combatir la enfermedad, en los países de Latinoamérica, es más habitual el acceso a dichos tratamientos.

En cuanto a los derechos, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 21 establece que la adopción tiene como objetivo el interés superior del niño, consecuentemente, los niños con VIH, también contemplan el derecho a la protección de la salud, el derecho de educación, entre otros. Asimismo, el artículo 14 de la CE recoge el principio de igualdad y no discriminación, no obstante, la no discriminación no prohíbe el ejercicio de un trato diferenciado siempre y cuando éste sea justificado. En conclusión, el proyecto de “adopción en positivo”, tiene como finalidad sensibilizar

e informar a la sociedad sobre la realidad del VIH, además de que países como España con los recursos suficientes ayuden aquellos niños y niñas con VIH. En este sentido, esperamos que la información expuesta haya resuelto sus dudas sobre la situación de los menores con VIH, no obstante, para más conocimiento sobre este proyecto realizado por CESIDA le adjuntamos el siguiente enlace:

- https://www.youtube.com/watch?v=G3_0isBilHg

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad, y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

Aunque el segundo caso destacado de se ha tratado como un ejemplo de alfabetización legal, no queremos dejar pasar la oportunidad para plantear la discusión de si detrás de esta regulación no habría un caso de discriminación estructural, también denominada discriminación institucional o subdiscriminación, en el que se criminaliza a la mujer con VIH cuando quiere poner en marcha un proyecto vital cuestionando una práctica cuestionada por la evidencia científica (<https://toolkit.hivjusticeworldwide.org/theme/breastfeeding/>)

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta es planteada por una persona con VIH que solicita información en relación con el régimen jurídico aplicable a la lactancia de una mujer con VIH. En concreto, nos pregunta cuál es el riesgo de transmisión existente para el lactante, si sería posible obtener asesoramiento y seguimiento por parte de los profesionales sanitarios o si, por el contrario, al informarles de su decisión estos podrían reportar su caso a las autoridades.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989)
- . Constitución Española, 29 de diciembre de 1978. Cita en texto: (CE)
- . Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cita en texto: (LECRim)

-. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cita en texto: (LOPJM)

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Cita en texto: (CC)

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Cita en texto: (CP)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2014 (Rec. 2762/2014). Cita en texto: STS de 27 de octubre de 2014

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Código de Deontología Médica; Guía de Ética Médica; Organización Médica Colegial de España (2011); Disponible en web: https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf

-. Observación general nº 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. El VIH y la lactancia materna; OMS; Disponible en: https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/newborn/nutrition/hivif/es/#:~:text=En%20condiciones%20normales%2C%20la%20lactancia,el%20parto%20o%20la%20lactancia.

-. El VIH y la alimentación de los lactantes; Unicef; Disponible en: unicef.org/spanish/nutrition/index_24827.html

-. Guideline updates on HIV and infant feeding: The duration of breastfeeding and support from health services to improve feeding practices among mothers living with HIV; WHO and Unicef (2016).

-. Documento de consenso para el seguimiento de la infección por el VIH en relación con la reproducción, embarazo, parto y profilaxis de la transmisión vertical del niño expuesto; GeSIDA (2018)

-. Human Immunodeficiency Virus (HIV); CDC; Disponible en web: <https://www.cdc.gov/breastfeeding/breastfeeding-special-circumstances/maternal-or-infant->

[illnesses/hiv.html#:~:text=In%20the%20United%20States%2C%20to,pregnancy%2C%20birth%2C%20or%20breastfeeding](#)

- Leche materna de gracia para prevenir la transmisión del VIH de madres a hijos; El Mundo; Disponible en: <https://www.elmundo.es/salud/2013/11/22/528f99ef0ab7408e068b456d.html>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. El tema por el que usted nos pregunta referente al marco legal aplicable a las mujeres con VIH que optan por darles el pecho a sus hijos, en concreto, si esta alternativa es posible y, en caso de informar a los profesionales sanitarios, si ellos podrían ofrecerle algún tipo de orientación control o tratamiento a usted y a su bebé o si podría existir un riesgo de que ellos reportaran su decisión a las autoridades judiciales.

Con carácter previo, debe tener en cuenta que la Organización Mundial de la Salud – en adelante, OMS – señala que, con carácter general, la lactancia materna constituye actualmente la opción más recomendable para alimentar a los niños menores de un año, dados los múltiples beneficios que ello conlleva, no solo para la salud del recién nacido, sino también por otros factores de gran importancia como es el vínculo que se establece entre la madre y el bebé durante la lactancia, la dificultad de acceso a agua potable y leche de fórmula en países de desarrollo, así como el coste de la misma.

Sin embargo, en el caso de madres con VIH, según estudios científicos, la lactancia materna constituye una vía de transmisión del VIH con un riesgo de transmisión de entre el 10 y 16%. Estos estudios indican que aunque la administración del tratamiento antirretroviral a la madre con VIH reduce de manera significativa el riesgo de transmisión del VIH por medio de lactancia natural, el riesgo de transmisión continua existiendo. En este sentido, estudios realizados por GeSIDA, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y la Sociedad Española de Infectología Pediátrica (SEIP) disponen que para que exista un **riesgo cero de transmisión recomiendan a las madres con VIH abstenerse de forma absoluta de darles el pecho a sus hijos y alimentarlos con fórmula adaptada a las necesidades del bebé**. Especialmente, en países desarrollados donde es posible el acceso a agua potable, así como a la leche de fórmula.

1. Alcance y límites de la protección del *interés superior del menor*

En el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 – en adelante, Convención – establece una serie de deberes a los Estados Partes de la misma ante la necesidad de proporcionar a una protección especial a los niños. Así, dispone que en la aplicación de medidas adoptadas por instituciones públicas o privadas, por los tribunales o por autoridades administrativas debe primar

el **interés superior del niño** lo que se traduce en un deber de garantía de los Estados Partes de asegurar su protección y cuidado necesarios para su bienestar mediante la adopción de las medidas adecuadas (art. 3 Convención), en especial, aquellas dirigidas a protegerle frente a cualquier forma de perjuicio como puede ser el *descuido o trato negligente* mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de su representante legal u otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19 Convención). Dado que España ratificó esta Convención el 31 de diciembre de 1990 a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la misma forma parte de su ordenamiento jurídico interno (art. 96 de la Constitución española – en adelante, CE). Asimismo, la CE dispone el deber de interpretar los derechos fundamentales y libertades establecidos en la misma de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE) como es la Convención señalada.

En el ordenamiento jurídico español, los menores de edad se encuentran amparados por un estatus jurídico de protección especial. De este modo, la CE dentro del deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, señala específicamente la protección integral de los hijos (art. 39 CE). Asimismo, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil – en adelante, LOPJM – esta obligación se extiende a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y madres, los familiares, así como los ciudadanos en general.

Este estatus de protección se rige, en la misma línea que la Convención de los Derechos del Niño, en base al derecho de todo menor a que su **interés superior** sea valorado y se considere como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado. Por ello, primará su interés superior sobre cualquier otro interés legítimo que pueda ocurrir (art. 2 LOPJM). Entre los criterios que se tienen en cuenta para la interpretación del interés superior del menor se encuentra la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor. Este concepto ha sido se define en la Observación general nº 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013) como el principio jurídico interpretativo fundamental en virtud del cual en caso de que una disposición jurídica de lugar a más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

No obstante, su alcance no es ilimitado puesto que la LOPJM señala expresamente que los criterios aplicables a cada caso deberán ser valorados de forma conjunta y de conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad, de modo que la medida que se adopte en interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara. Así, en el caso de que concurra otro interés legítimo junto al interés superior del menor será necesario priorizar aquellas medidas que respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos. Sin embargo, en caso de que no sea posible respetar todos los interés legítimos concurrentes, primará el interés superior

del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (art. 2 apdos. 3 y 4 LOPJM).

Por tanto, es preciso valorar en su caso los intereses concurrentes con el fin de poder evaluar con base a dichos criterios la proporcionalidad y necesidad de la actuación por parte de las autoridades sanitarias en caso de que usted les informase de que tiene VIH y ha optado por la lactancia materna para alimentar a su hijo, cuáles serían las medidas que estas podrían adoptar.

2. Intervención y actuaciones por parte de las autoridades sanitarias y los poderes públicos

El sistema de protección de los menores por parte de los poderes públicos se encuentra dirigido a la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo, a través de los servicios y recursos adecuados para tal fin (art. 12 LOPJM). Por su parte, cuando una persona o autoridad, principalmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, riesgo o posible desamparo de un menor, tendrán el deber de comunicarlo a la autoridad o agentes más próximos, sin perjuicio de prestar al menor el auxilio inmediato que precise. En estos casos, las autoridades y personas por su profesión o función conozcan del caso actuarán con la debida reserva. No obstante, estas actuaciones deberán evitar toda interferencia que sea innecesaria en la vida del menor (art. 13 LOPJM).

Así, la intervención de los poderes públicos puede tener lugar cuando se produzca una situación de riesgo o una situación de desamparo.

Por *situación de riesgo* se entiende como aquella en la que, a causa de las circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos, de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia de la situación de desamparo sea precisa la intervención de la administración competente con el objeto de eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan, sin tener que ser separado de su entorno familiar (art. 17 LOPJM).

Por su parte, se considera *situación de desamparo* aquella que se produce de hecho a causa del incumplimiento de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la asistencia moral y material necesaria (art. 172 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil – en adelante CC). Así, un indicador de desamparo puede ser el abandono de un menor, su maltrato psicológico continuado, inducción a la delincuencia, ausencia de escolarización, entre otros (art. 18 LOPJM). En esta situación la Administración Pública designará al órgano correspondiente para que ejerza la tutela del menor (art. 18.3 LOPJM). Con respecto a la interpretación de los tribunales concepto de desamparo la STS de 27 de octubre de 2014 (rec. 2762/2013) dispone que deben cumplirse dos requisitos para que se de dicha situación: i) el incumplimiento de por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor, ii) la efectiva privación para este de asistencia moral o material.

En consecuencia, en su caso particular no resultaría proporcional que se considerase que ante el riesgo existente de transmisión del VIH si usted optase por la lactancia se calificase dicha situación como *desamparo*, ya que la misma se encuentra prevista para situaciones de especial gravedad que ocasionen el imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad. Y en relación con la vida, salud e integridad física del menor como pueden ser malos tratos físicos o abusos sexuales (art. 18.3 apdo. c) LOPJM). Así, el riesgo inherente se consideraría más bien de una entidad relativa al concepto de *situación de riesgo* señalado anteriormente.

En particular, aunque normativa prevé la intervención de las autoridades sanitarias ante la negativa por parte de los progenitores a prestar consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo, en tales casos, las autoridades sanitarias podrán poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones con el fin de que se adopte la decisión más adecuada para la salvaguarda del mejor interés del menor (art. 17.10 LORPJM)

No obstante, en su caso no nos encontramos ante una falta de consentimiento ante un tratamiento médico. Por tanto, si decide informar a su médico sobre tal decisión, antes que nada debe tener en cuenta que en virtud de los principios y reglas éticas que guían la conducta profesional del médico, en el ejercicio de su función debe respetar la dignidad de todo ser humano y atender con la misma diligencia y solicitud a todos sus pacientes sin discriminación alguna y sin perjudicarles de forma intencionada (art. 5 del Código de Deontología Médica). Y, dado que la asistencia médica exige una relación plena de entendimiento entre el médico y el paciente (art. 8 Código de Deontología Médica), no resultaría proporcional en su caso que, por ejemplo, por el hecho de informarle que le gustaría poder darle del pecho a su hijo el médico acudiese directamente a la autoridad judicial, sino que lo correcto sería que le informase sobre los riesgos inherentes a tal decisión, así como las alternativas existentes.

Por otro lado, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal – en adelante, LECrim – dispone que aquellos que por razón de sus profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito se encuentren obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal o al Juez o Tribunal competente (art. 262 LECrim). Sin embargo, el hecho de que el personal sanitario acudiera directamente a esta vía resultaría una medida desproporcionada dado que los delitos previstos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – en adelante, CP – en relación con los deberes de cuidado de los familiares hacen referencia a situaciones de especial gravedad como es el abandono de menores (art. 226 CP) o inducción a la mendicidad (art. 232 CP), entre otros.

No obstante, debe tener en cuenta que si aún después de informarle a su médico persistiera en su decisión al estar en juego el interés de un menor de edad, el personal médico puede solicitar la intervención judicial cuando los progenitores o representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico sea contraria a los interés del representado (art. 14.4 Código de Deontología Médica).

3. Alternativas existentes: leche de fórmula y leche maternizada

Resulta innegable que el hecho de que las mujeres de VIH tengan que enfrentarse a esta decisión y, en su caso, renunciar a una de las experiencias que ofrece la maternidad supone un impacto psicológico y emocional que agrava en ocasiones el estigma ya existente frente a este colectivo. Ante esta situación, los profesionales de la salud deberían apostar por un diálogo más abierto respecto a la situación y alternativas existentes de las mujeres con VIH en relación con la lactancia materna con el fin de garantizar un adecuado asesoramiento y apoyo emocional.

Frente a ello, han surgido importantes iniciativas sobre las que nos gustaría informarle como es el proyecto “*Cortesía*” que constituye una iniciativa de la Unidad Clínica de Enfermedades Infecciosas, Microbiología y Medicina Preventiva del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla que desde 2011 puso en marcha un proyecto piloto en algunos hospitales españoles con el fin de dar soporte a las madres con VIH a través de la entrega gratuita de leche maternizada durante los primeros seis meses de vida del recién nacido evitando así el riesgo de transmisión del VIH. Por otro lado, el hecho de vivir en un país desarrollado donde existe agua potable y disponibilidad de leche de fórmula, supone otra alternativa para una alimentación sin riesgo y con los nutrientes necesarios para su hijo.

Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y le animamos a que nos escriba si tiene alguna duda al respecto.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá (Madrid).

Estos 12 meses también han estado marcados por dos efemérides: se han cumplido 40 años de la publicación de los primeros diagnósticos y se ha cumplido el segundo año de la pandemia por SARS-CoV-2.

Han pasado cuatro décadas desde que el 5 de junio de 1981 en el *Morbidity and Mortality Weekly Report* se publicó un informe sobre cinco casos de neumonía por *Pneumocystis carinii*, que advertían de una disfunción del sistema inmunitario debido a una infección adquirida a través de contacto sexual. Comenzaba en ese momento una epidemia cuyo origen era un virus desconocido, posteriormente denominado como virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) que causaba el síndrome de inmunodeficiencia humana adquirida (Sida). Hace 40 años comenzó una epidemia que ha causado la muerte de aproximadamente 40 millones de personas en todo el mundo (sólo en 2020 se estima que fallecieron 680.000 personas a causa de enfermedades relacionadas con el sida) y que sigue afectando la vida y los derechos de los aproximadamente 38 millones de personas que viven con el VIH.

El VIH y el Sida han sido desde el inicio un asunto de derechos humanos porque se ha cuestionado la plena inclusión en la sociedad de las personas infectadas con el virus o que habían llegado a la fase última de la infección donde el sistema inmunitario prácticamente ha desaparecido y la persona está expuesta a cualquier enfermedad

oportunista. En muchos países se adoptaron normas jurídicas que limitaban los derechos y libertades de las personas infectadas con el VIH pues les obligaban a revelar a terceras personas su condición de salud, les impedían disfrutar de determinados bienes y servicios, o les excluían de determinadas profesiones. Muchos países también tomaron la decisión de concederles ayudas sociales de carácter económico, pues su capacidad laboral quedó muy mermada, o asistencial, pues eran profundamente dependientes. En todo caso, en estas ayudas las personas con VIH no eran consideradas sujetos de derechos sino simples receptoras de políticas públicas de carácter paternalista o benefactor.

En la actualidad, en España, desde la reforma del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía muchas de esas ayudas han desaparecido porque las personas con VIH no son consideradas personas con discapacidad por el simple diagnóstico y ello dificulta la consecución de ayudas sociales no contributivas, el acceso a la jubilación anticipada, la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo en un centro especial de empleo o de optar a una plaza reservada a este colectivo de personas. Se produce un nuevo cortocircuito (UAH-2021-7).

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Una persona con VIH desea saber si puede tener alguna fuente de ingreso ya que debido a su situación no consigue empleo, y no puede recoger su medicación. Igualmente, sufre de depresión

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía
- RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
- RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.
- RD 1971/1999, 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía

- RD 2271/2004. de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

Respuesta fundamentada

Para empezar, nos gustaría agradecerle que haya recurrido a nosotros para resolver sus dudas o su situación, gracias a usted podemos seguir formándonos y al mismo tiempo ayudarle.

Primero, hemos analizado el Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuyos artículos 2.a), 4.1 y 4.2 define lo que es para la ley una persona con discapacidad y la discapacidad. En resumen, para la ley, las personas con discapacidad son aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanente que [...] puedan impedir su participación plena y eficaz en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 introduce un requisito extra para la consideración de persona con discapacidad: que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Segundo, es fundamental solicitarlo de manera expresa, puesto que el mero diagnóstico de alguna enfermedad no otorga automáticamente el reconocimiento de un grado de discapacidad. Para solicitarla se han habilitado dos métodos diferentes: puede hacerlo tanto de manera presencial como telemática.

En caso de hacerlo de manera presencial puede acudir tanto a las direcciones provinciales del IMSERSO como a los Centros Bases que se encuentran en su Comunidad Autónoma. Igualmente, si desea hacerlo por medios telemáticos podrá hacerlo desde cualquier dispositivo electrónico a su mano, metiéndose en la siguiente página web

www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/69/como-solicitar.html.

En el caso de que prefiera o solo pueda realizarlo de manera presencial, los Centros Bases más cercanos a Barbate se encuentran tanto en Cádiz como en Algeciras. A continuación, le indicaremos tanto la dirección como los números de teléfono y emails por si tiene alguna duda:

Centro de Cádiz

Dirección: Plaza Madrid, Estadio Ramón de Carranza, Fondo Sur, Bajo

Teléfono: 900 555 564 / 956 007 400

Email: cvocadiz.cipsc@juntadeandalucia.es

Centro de Algeciras

Dirección: Paseo de la Conferencia nº4, Planta Antiguo Edificio de la Cruz Roja.

Teléfono: 900 555 564 / 856 584 001

Email: cvoalgeciras.cipsc@juntadeandalucia.es

Mientras, el centro del IMSERSO más cercano se encuentra en San Fernando, en la Calle Pintor Fernando Vela, 0.

Teléfono: 956 487 904/956 487 954

Email: crmf.sanfernando@imserso.es

De todas formas, si accede al siguiente enlace podrá ver los datos que le acabamos de facilitar:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/discapacidad/cvo.html>

En tercer lugar, respecto a la documentación necesaria para realizar la solicitud, tendrá que entregar copia de su DNI o dar su consentimiento expreso para que puedan consultar sus datos de identidad a través de un sistema de verificación de esta. Igualmente, tendrá que presentar copia de sus informes médicos y psicológicos que avalen el VIH y la depresión. Estos documentos podrá solicitarlos a su médico de atención primaria, en su centro de salud. Podrá solicitar tanto la copia de su diagnóstico como un informe en el cual conste todo lo que ha tenido hasta el momento.

Recuerde que es de suma importancia presentar un buen informe médico ante el órgano que vaya a valorar la discapacidad. Por lo tanto, es importante que haga constar en el mismo todos los motivos por los cuales quiera solicitar la discapacidad. La ley comprende que tanto el VIH como la depresión son enfermedades por las cuales puede solicitarse la discapacidad.

Por lo tanto, en caso de estar diagnosticado con ambas afecciones, solo tendrá que acudir al centro de salud para solicitar la copia del diagnóstico o el informe en el cual conste todo su historial clínico. En el caso contrario, en caso de no estar diagnosticado, podrá acudir a su centro de salud y solicitar ser visto por un especialista, previo examen del médico de atención primaria – y así ser diagnosticado clínicamente para poder presentar el informe.

La concesión de un grado de discapacidad será decidida por profesionales en el tema, por lo tanto, no podemos asegurarle si se le concederá o no. Sin embargo, solicitarla, dadas sus circunstancias, puede solicitarla sin problemas.

En este párrafo, nos gustaría explicarle, de igual manera, ciertos requisitos necesarios para la obtención de una discapacidad del 33%. Para empezar, tanto el VIH como la depresión serán valoradas de forma combinada. Para la valoración, se tendrán en cuenta ciertos factores dependiendo de la afección. Por un lado, en el caso del VIH, se hará una valoración multidisciplinar, donde participan 3 técnicos diferentes: médico, psicólogo y trabajador social. Recordemos que la ley requiere un 33% de grado de discapacidad para considerar a alguien persona con discapacidad. Para esto, se tendrán en cuenta varios parámetros:

1. Que las cifras de CD4 sean menores a 200 en el último año. Si esto es así, como mínimo habrá de otorgarse un 33%
2. En caso de que la persona tenga VIH y Hepatitis C tendrá que otorgarse un 33% de discapacidad, sin entrar a analizar más factores
3. En caso de no darse los anteriores supuestos, para que la discapacidad sea clasificada como moderada – esto es, entre el 25-49% – el paciente precisa de un tratamiento continuado y haber presentado de 3 a 6 episodios anuales de enfermedades relacionadas

con su inmunodeficiencia, que hayan precisado de atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada una o durante más de 30 días al año.

Por otro lado, en el caso de la depresión se tienen en cuenta 3 factores:

1. La disminución de la capacidad para llevar a cabo una vida autónoma
2. Disminución de la capacidad laboral
3. Ajuste a la sintomatología psicopatológica universalmente aceptada.

Igualmente, los agentes que valoren el grado de discapacidad tendrán que tener en cuenta factores sociales complementarios, que podrán añadir hasta 15 puntos a la valoración previa – siempre y cuando se haya valorado al menos un 25% de grado de discapacidad.

En caso de que le concediera el grado de discapacidad, existen centros especiales de empleo a los que podría acudir para solicitar ayuda en este ámbito o, incluso, podría presentarse a unas oposiciones y poder conseguir plaza por cuota de discapacidad – art.2 RD 2271/2004 y art.28 Ley 4/2017. Además, por tener bachiller, podría acceder al grupo profesional C1, sin tener porqué ingresar en el C2 – art. 76 RD Legislativo 5/2015. Por el contrario, si le deniegan el 33% de discapacidad por considerar que no se cumplen ciertos requisitos, existen mecanismos de impugnación: primero, se ha de presentar un recurso en vía administrativa, para agotar la misma antes de acudir a la jurisdicción laboral - art. 69 LRJS; segundo, una vez presentado el recurso en vía administrativa, si sigue sin estar de acuerdo con la respuesta, podrá presentar una demanda ante los juzgados de lo social.

Respecto a los problemas a la hora de tener acceso a los medicamentos antirretrovirales, no existe a día de hoy la posibilidad de obtenerlos en una farmacia ubicada fuera del hospital. Esta opción ha sido propuesta por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y se ha planteado la opción de hacer “pruebas piloto” en el País Vasco y Madrid para llevar estos medicamentos a las farmacias, por lo que puede que en un futuro sí sea posible.

Entre las opciones a la hora de recibir ingresos existe ahora el Ingreso Mínimo Vital, que consta de una cantidad base de 469,93 euros a la que se suman 140,98 por cada persona con la que conviva, y cuyos requisitos son los siguientes:

- Tener al menos 23 años, o 18 años si hay menores a cargo y no ser beneficiario de pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente, ni de pensión no contributiva por invalidez o jubilación.
- Cumplir un año de residencia legal en España.
- Haber vivido independientemente al menos 1 año en el caso de familias y 3 años en el caso de personas solas.
- En el caso de unidades de convivencia, haberse formado al menos 1 año antes de la solicitud.
- Haber solicitado previamente las prestaciones a las que se pudiera tener derecho.

- Estar inscritas como demandantes de empleo.

Podrán ser beneficiarias las personas que temporalmente sean usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario. En principio cabría la posibilidad de recibir esta renta, sin embargo, el cálculo del pago se realizará siempre que los ingresos que se tengan sean menores a los que se pueden recibir y se ingresará la diferencia, es decir, si se ingresan los 600 euros de pensión y el cálculo del IMV es de 610,91 euros, por lo que se acaban recibiendo 10,91 euros.

Este es el caso en el que usted se encuentra, puesto que usted y su madre forman una unidad de convivencia ya que el Decreto Ley es muy estricto en ese apartado, lo que obliga a tener en consideración los 600 euros que recibe de pensión, dejando tan solo en los ya comentados 10,91 euros la cantidad que puede percibir.

Aun así, en el caso de solicitarlo, se debe aportar lo siguiente:

- Para acreditar la identidad: DNI, libro de familia, o certificado de nacimiento.
- Para acreditar el domicilio en España: certificado de empadronamiento.
- Para acreditar la existencia de la unidad de convivencia: certificado de empadronamiento, libro de familia, certificado del registro civil, o inscripción en el registro de parejas de hecho.

La solicitud se debe hacer con cita previa, que se puede pedir telemáticamente, es decir, desde la página web de la Seguridad Social, o llamando a los teléfonos 915 41 25 30 o 901 10 65 70, con horario ininterrumpido de 00:00 a 24:00 horas, de lunes a domingo. La oficina de la Seguridad Social de Barbate está en la calle Avenida del Mar, S/n.

En lo que respecta a la pensión no contributiva no sería posible adquirirla puesto que entre los requisitos es necesario un 65% de discapacidad que no se posee. Al igual que las ayudas autonómicas, puesto que son un complemento para la pensión no contributiva, y, como tal, exigen estar percibiendo dicha pensión. Sin embargo, sí que existen otra ayuda que se puede pedir, como es el caso de la Renta Activa de Inserción (RAI), cuya cantidad es el resultado del 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que hoy en día es 564,90 y, por tanto, el 80% sería 451,92.

Para acceder a esta ayuda se necesita ser desempleado de larga duración y estar inscrito como demandante de empleo, mantener dicha inscripción durante el período de percepción y suscribir el compromiso de actividad, ser menor de 65 años y no tener ingresos propios, en cómputo mensual, superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

A priori estas condiciones se cumplen, pero si posees una discapacidad del 33% también puedes acceder a esta ayudas sin necesidad de ser parado de larga duración pero sí cumpliendo el resto de requisitos, por lo que debería ser posible conseguir la RAI.

Para ello debes pedir cita previa por la página web del SEPE o llamando al 901 010 210 o, si lo prefieres, al número de la provincia de Cádiz, el 956 992 598, donde aparte de darte cita te indicarán qué documentos debes presentar y dónde debes ir, es recomendable llamar al número de Cádiz, pues es un número gratuito.

Esperamos que esta información le sea de utilidad

Clínica Legal, UAH

El VIH es un buen ejemplo para comprobar la influencia de los determinantes legales de la salud pues en aquellos países que siguen estando vigentes normas que discriminan a las personas con VIH o que criminalizan comportamientos asociados a las vías de transmisión, los resultados epidemiológicos son peores. El fin de la epidemia y la reducción de sus daños también pasan por conseguir la plena inclusión y la normalización de las vidas de todas las personas con VIH, de las que están en riesgo de infectarse y de las personas que se relacionan con ellas. Esto significa que deben acceder a los mismos derechos, bienes y servicios que el resto de las personas en igualdad de condiciones y con igualdad de oportunidades. Y para ello las personas que viven con VIH deben sentir que su intimidad personal y la confidencialidad de sus datos sanitarios están adecuadamente protegidas, que no van a realizarse pruebas de detección sin consentimiento, que el estado serológico va a ser un dato irrelevante. Sin esa protección, nunca podrá alcanzarse el primero de los objetivos que se ha planteado ONUSIDA para acabar con la epidemia: aumentar el número de personas que están diagnosticadas.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta es planteada por una persona con VIH que solicitó un volante a su médico de atención primaria. Cuando fue a recogerlo al ambulatorio, dicho volante en el que figuraba toda su información clínica se encontraba a la vista de cualquier persona en el mostrador de recepción del mismo. Ante tal situación nos consulta qué medidas puede adoptar.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española de 1978. Cita en texto: (CE)
- . Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), de 30 de marzo de 2010.
- . Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (C 83/47)
- . Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Cita en texto: (LOPD)
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Cita en texto: (Ley 44/2003, de 21 de noviembre)
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Cita en texto: (LJCA)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1998, de 4 de mayo de 1998. Cita en texto: (STC 94/1998, de 4 de mayo)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 292/2000, de 30 de noviembre. Cita en texto: (STC 292/2000, de 30 de noviembre)

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

- Estatuto del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Disponible en: <https://www.icomem.es/documentos/estatutos.pdf>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. El tema por el que usted nos pregunta lo conocemos bastante bien ya que hemos recibido consultas anteriormente en relación con vulneraciones del derecho a la intimidad con motivo de la divulgación de la información del historial clínico de personas con VIH.

En su consulta, usted nos comenta concretamente que solicitó a su médico de atención primaria un volante para acudir a un médico especialista. No obstante, cuando usted acudió al ambulatorio para recoger dicho documento, este se encontraba en la recepción del centro sanitario, estando al alcance de cualquier persona sus datos de carácter clínico. Frente a esta situación y los daños que esta circunstancia le ha generado en su persona, usted nos pregunta qué medidas podría adoptar. A modo introductorio le explicaremos el régimen jurídico relativo a la protección del tratamiento de los datos personales, especialmente aquellos de carácter sanitario, y seguidamente, le informaremos de las diferentes vías a las que podría acudir para hacer valer su derecho.

1. Derecho fundamental al honor y a la intimidad personal en el ámbito sanitario

La protección del tratamiento de los datos personales, entre los que se encuentran los datos de carácter sanitario, constituye un derecho fundamental que se encuentra

protegido por la Constitución española – en adelante, CE – cuando garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen disponiendo específicamente que “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos en el pleno ejercicio de los derechos*” (art. 18 apdos. 1 y 4 CE). Este derecho otorga la facultad a cada persona del control de sus datos personales en relación con el uso y destino de los mismos, con el fin de evitar la utilización ilícita o ilegítima de los mismos que pueda lesionar su dignidad y sus derechos (STC 94/1998, de 4 de mayo). En consecuencia, constituye un derecho autónomo e independiente que otorga un poder de disposición y control sobre sus datos personales que le permite poder decidir qué datos proporcionar a un tercero, así como cuáles puede este tercero obtener, pudiendo cada persona oponerse a dicha posesión o uso de sus datos personales (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea – en adelante, UE – la protección del tratamiento de los datos personales constituye un derecho fundamental de tal manera que los datos de carácter personal de toda persona deben ser tratados de modo leal y sobre la base del consentimiento de la persona afectada u otro fundamento legítimo previsto legalmente (art. 8 Carta de Derechos Fundamentales de la UE y art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE – en adelante, TFUE). El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos constituye la normativa que, a nivel de la UE, regula la protección de este derecho.

A raíz de dicho Reglamento, la protección de datos en España se encuentra recogida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales – en adelante, LOPD. Esta norma califica los datos relativos a la salud física o mental, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria que revelen información sobre el estado de salud de una persona, dentro de las categorías especiales de datos. De acuerdo con los principios rectores en el ámbito de la protección de datos (arts. 4 y ss. LOPD) la comunicación de estos datos debe regirse por el principio de *minimización de los datos* en base al cual los datos que comunique debe ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados, por lo que deberían limitarse a aquellos que sean imprescindibles para la realización de sus funciones.

Por su parte, los profesionales sanitarios tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional que sea acorde con las necesidades de salud de las personas que atienden, de conformidad con unos niveles de calidad y seguridad dispuestos en la normativa vigente y deontológica, respetando específicamente la personalidad, dignidad e identidad de las personas (art. 5 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias – en adelante, Ley 44/2003, de 21 de noviembre).

Sin embargo, en el presente caso en lugar de haber actuado diligentemente entregándole personalmente el volante, el hecho de que dicho documento se haya dejado en la recepción del ambulatorio, sin supervisión y a la vista de cualquier persona supone una brecha de confidencialidad que podría haber dado lugar a un acceso no

autorizado o ilegítimo a sus datos sanitarios y, en consecuencia, generarle daños morales al haberse podido difundir de manera ilegítima datos sensibles relacionados con su estado de salud.

Ante esta situación, le explicamos los diferentes mecanismos a los que usted podría acudir para poder resarcir los daños que le han sido ocasionados.

2. Procedimiento ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

Usted podría acudir a la Agencia Española de Protección de Datos –en adelante, AEPD– con el fin de iniciar un procedimiento a causa de una vulneración de la normativa de protección de datos con el objeto de que este organismo examine si se ha producido una infracción en esta normativa (art. 63 LOPD). El ejercicio de sus derechos ante la AEPD tiene carácter gratuito.

Con carácter previo a la interposición de la reclamación ante la AEPD, es necesario dirigirse primero al responsable con el fin de poder ejercer sus derechos por un medio que permita acreditarlo y en caso de que no obtenga respuesta del mismo o dicha respuesta no se adecuada es posible interponer la reclamación ante la AEPD. En su caso, nos comenta que contactó por teléfono con el médico informándole de este incidente y éste le pidió disculpas. Por tanto, en caso de que no se encontrase satisfecho con esta situación podría reclamar ante la AEPD.

Antes de la adopción del acuerdo de inicio del procedimiento o, en su caso, a la admisión a trámite del mismo la AEPD puede realizar una serie de actuaciones previas de investigación en el supuesto en que estas sean necesarias para una mejor determinación de los hechos y circunstancias del procedimiento, para ello sería recomendable que usted conserve el registro de las llamadas telefónicas, así como la fotografía del mostrador de recepción del ambulatorio, ya que cuantos más indicios o pruebas se acompañen a la reclamación más ágil será la tramitación de la misma. Estas actuaciones previas no podrán tener una duración superior a 12 meses desde el acuerdo de admisión a trámite o el de inicio del procedimiento (art. 67 LOPD).

Una vez realizadas dichas actuaciones de investigación previa, en su caso, el procedimiento se inicia mediante acuerdo de inicio y tendrá una duración máxima de 9 meses desde dicho acuerdo de inicio y una vez finalizado este plazo sin que la AEPD haya resuelto se producirá la caducidad del mismo y el archivo de las actuaciones (art. 64.2 LOPD). Una vez realizadas las actuaciones de investigación por la AEPD, en caso de que este organismo considere la comisión de una infracción, podría iniciarse un procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de este organismo en el que se concretarán los hechos, identificación de la persona o entidad a la que se dirige el procedimiento, así como la infracción que haya podido cometerse y la sanción que se impone (art. 68 LOPD).

Si decide acudir a esta vía debe tener en cuenta que la actuación por parte de su médico de cabecera podría ser constitutiva de infracciones tipificadas como muy graves en esta normativa ante un tratamiento de sus datos personales de manera ilícita debido a una grave vulneración del deber de confidencialidad (art. 72 LOPD), así como de infracciones graves como es la falta de adopción por parte de su médico de las medidas

técnicas y organizativas necesarias para garantizar la protección de sus datos al haber dejado su volante sin custodia en el mostrador de recepción quebrantando así la diligencia debida exigida en este cuerpo legal (art. 73 apdos. d), f) y g) LOPD). En este sentido y dependiendo de las circunstancias, las sanciones pueden alcanzar hasta los 300.000 euros, sin perjuicio de las medidas correctivas que en su caso puedan adoptarse.

3. Vía judicial: procedimiento especial ante la vulneración de derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo.

Por otra parte, existe un procedimiento judicial especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en sus relaciones con la Administración, como sucede en este caso ante la vulneración del art. 18 de la CE por parte de un empleado de la Administración sanitaria. Este procedimiento tiene como finalidad restablecer o preservar dichos derechos y libertades y dada su naturaleza el procedimiento tendrá carácter preferente y sumario, por lo que se tramita de una forma más ágil y rápida que el resto de procedimientos judiciales (arts. 114 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa – en adelante, LJCA- y art. 53.2 CE).

El plazo para poder interponer este recurso es de 10 días desde que usted tuvo conocimiento de la situación objeto de impugnación, es decir, en este caso podría contarse desde el día en que usted fue a recoger el volante en el centro sanitario. En el escrito de interposición se expresará de manera precisa y clara los derechos cuya tutela se pretende, así como los argumentos sobre los que se fundamente el recurso (art. 115 LJCA).

En caso de que decida acudir a la vía judicial, si no dispone de un abogado de confianza queremos informarle que acudir al Servicio de Orientación Gratuita del Colegio de Abogados más cercano a su domicilio, donde tras solicitar una cita previa y en la primera visita, el Letrado Consultor llevará a cabo el análisis de la viabilidad de la pretensión. Para este estudio no será necesario informar explícitamente de que tiene VIH, sería suficiente con que le informase de que fue a recoger un volante médico al ambulatorio y su información clínica se encontraba en el mostrador de recepción a la vista y sin supervisión alguna. Asimismo, el Letrado Consultor examinará el cumplimiento de los requisitos de carácter económico y se le informará de la documentación que debe aportar al Servicio a efectos del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita. Seguidamente, le hará entrega del impreso normalizado de solicitud y, si ello es preciso, le ayudará en su cumplimentación.

En una segunda visita, el Letrado Tramitador examinará la documentación aportada, le requerirá si falta algún documento para que lo aporte y emitirá un informe de carácter provisional favorable o no a la concesión del beneficio. El expediente del solicitante es posteriormente examinado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que es, finalmente, el organismo que por Ley tiene la competencia para conceder o no el reconocimiento del beneficio con carácter definitivo, si bien desde el momento en que existe un informe provisional favorable del Servicio de Orientación Jurídica se lleva a cabo la designación de profesionales del Turno de Oficio.

Por otra parte, queremos informarle que en caso de que decida contactar con un abogado, no debe preocuparse por la confidencialidad de la información que le proporcione sobre su caso, puesto que uno de los principios deontológicos rectores del ejercicio de la Abogacía es el secreto profesional (art. 5 Código Deontológico). Esto supone el abogado tendrá el deber de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que tenga conocimiento por parte de su cliente o potencial cliente y ni siquiera puede ser obligado a declarar sobre los mismos (art. 437.2 LOPJ). Por tanto, toda la información que le proporcione al Letrado, en su caso, queda protegida por secreto profesional y no será divulgada.

No obstante, como le hemos señalado anteriormente consideramos importante que tenga en cuenta el alcance de todas estas medidas y el impacto que estas pueden tener especialmente para su médico, ya que esta situación puede dar lugar, además, a la apertura de un procedimiento sancionador por parte la Junta Directiva del Colegio de Médicos al que este pertenezca de conformidad con sus estatutos. En este sentido, por ejemplo, el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid tipifica como una falta disciplinaria grave la vulneración del secreto profesional por parte del médico, por culpa o negligencia, con perjuicio para tercero (art. 63.2 apdo. f) de sus Estatutos), infracción que podrá sancionarse con la suspensión del ejercicio profesional por un tiempo inferior a un año o una multa de hasta 3.000 euros (art. 64.3 de los Estatutos).

Además, la condena por sentencia firme que lleve aparejada la inhabilitación para cargos públicos, así como la imposición de una sanción disciplinaria firme por falta grave no rehabilitada puede ser causa de cese del ejercicio de su profesión (art. 19 de los Estatutos). Incluso, si la Junta Directiva del Colegio de Médicos considerase que su actuación puede ser constitutiva de infracción penal ante el incumplimiento de su obligación profesional de reserva podría dar lugar a la apertura de un procedimiento penal con la posibilidad de que se le impusiera una pena de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para ejercer su profesión de dos a seis años, así como una multa de doce a veinticuatro meses con motivo de la vulneración de su deber de secreto profesional (art. 119 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y le animamos a que nos escriba si tiene alguna duda al respecto.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá (Madrid).

Tanto en el caso del VIH como del SARS-Cov-2 estamos ante agentes biológicos que pueden transmitirse o contagiarse a terceras personas, causándoles daños que pueden llegar a ser graves e irreparables en su salud, y que pueden ser epidémicos, afectando negativamente a la salud pública, entendida como la salud de toda la población y no como un simple sumatorio de la salud individual. La evidencia científica sobre la distinta naturaleza de los virus determinará el diseño de la respuesta normativa que es más

adecuada en cada caso pues las variaciones microbiológicas e inmunológicas en las enfermedades infecciosas que pueden convertirse en pandémicas tienen implicaciones distintas sobre las previsiones legales que pueden adoptarse. Si el virus se contagia por vía aérea de forma inadvertida, como ocurre con el SARS-Cov-2, o si el virus sólo es transmisible por determinadas vías, como ocurre con el VIH, marcará una diferencia significativa en el tipo de intervención estatal que sería legítima y en la justificación de las limitaciones de derechos o de tratos diferenciados. De ahí que la exclusión automática de todas las personas con VIH de las ofertas públicas de empleo es discriminatoria porque la medida no es idónea, necesaria y proporcional, produciéndose un acto discriminatorio por la condición de salud de una persona.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Persona VIH positivo con carga viral indetectable, en tratamiento desde hace 5 años. La usuaria es una docente inscrita en varias bolsas de empleo de la Junta de Andalucía. Con motivo de la situación epidemiológica considera que la van a llamar para reforzar la plantilla de los centros educativos. La administración autonómica exige una declaración responsable por parte de los trabajadores pertenecientes a algún grupo de riesgo y la usuaria quiere saber si puede tener algún problema para ser contratada por su enfermedad y si la administración que la contrata puede saber su estado serológico.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- España Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311: Art. 14 (igualdad); Art. 18 (derecho a la intimidad); art. 43 (derecho a la protección de la salud).
- OIT Recomendación 200: Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo, 6 de julio de 2010: Seguridad y salud en el trabajo (30-34)
- España. 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: art. 4 (derechos de los trabajadores); art. 17 (No discriminación de los trabajadores).
- España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: art. 7 (derecho a la intimidad de los pacientes)
- España. Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención: capítulo II (evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva)
- España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: art. 22 (sobre Vigilancia de la salud)

-. Andalucía. CIRCULAR de 10 de mayo de 2020 de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos sobre medidas de prevención de riesgos laborales frente a la COVID-19 en el periodo de admisión y matriculación del alumnado de los centros docentes sostenidos con fondos públicos en la Comunidad de Andalucía: Punto 8 (sobre Personal vulnerable y manejo de contactos); Anexo II (declaración responsable)

-. España. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público: Anexo - primero (Eliminar el VIH de las causas de exclusiones médicas)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. España. Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 4452/2007 de 9 Nov. 2007, Rec. 2651/2007

Resumen de los hechos: Despido nulo de un trabajador que no se ha sometido a una de las pruebas del reconocimiento médico. Los reconocimientos médicos son voluntarios y no pueden ser causa de despido.

Ha sido utilizado el fundamento jurídico segundo

-. España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 196/2004 de 15 noviembre:

Resumen de los hechos: Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora (agente administrativa) de la empresa Iberia, LAE, SA. Por la extinción de la relación laboral adoptada por la empresa tras el examen médico en el que no se informó a la trabajadora del objeto del análisis, de ser informada no habría aceptado que la realizasen el mismo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Sexto.

-. España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 209/1988 de 10 de noviembre:

Resumen de los hechos: Se trata de un recurso en el que se alega vulneración del principio de igualdad. Un matrimonio que presento la declaración de la renta individual y posteriormente la inspección de hacienda practico liquidación conjunta a ambos cónyuges.

Ha sido usado el fundamento jurídico sexto.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Ministerio de Sanidad. (2021). Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2. 15 de febrero de 2021
https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf. Punto 4 (Trabajadores especialmente sensibles).
- Ministerio de Sanidad. (2021). Información científico-técnica, enfermedad por coronavirus, COVID-19. Retrieved 13/02, 2021, from <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/ITC/coronavirus/home.htm>: 3.4.6. Inmunodepresión.

Respuesta fundamentada

En primer lugar, debemos agradecerle la confianza que ha depositado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Sabemos que no siempre es fácil compartir cuestiones tan personales como es su caso y queremos transmitirle que vamos a intentar aclararle todas las dudas que tenga sobre este asunto.

Para ello, vamos a explicarle varios puntos que tienen que ver con su estado serológico y el trabajo que va a realizar que debe saber, y los derechos que tiene para poder ejercerlos.

ÍNDICE

Problemas para trabajar por ser VIH+ y No discriminación
Derecho a la Intimidad y prevención de riesgos.
Declaración responsable y su relación con el VIH.

1. Problemas para trabajar por ser VIH+ y No Discriminación

- ¿Puede tener algún problema para trabajar por ser VIH Positiva?

No. Desde principios del año 2019 se ha eliminado la condición de VIH positivo como causa de exclusión en el acceso al empleo público. Se adoptó esta decisión porque no hay ninguna evidencia científica para justificar que las personas con VIH no pueden acceder al empleo público.

En relación con el nuevo virus que está provocando la actual epidemia, según los datos que tenemos por parte del Ministerio de Sanidad, no hay ninguna una evidencia clara de que una persona VIH positivo sufra un mayor riesgo para contagiarse. Tampoco hay evidencia de que si se contagia una persona VIH positivo con el SARS-CoV-2 esto vaya a provocar mayor daño sobre su salud.

En consecuencia, no tiene ninguna relevancia su estado serológico para el desempeño de sus funciones como docente tanto con menores como con personas mayores ya que

no hay un mayor riesgo por su condición ni para las personas con las que vaya a trabajar ni para usted.

Como ya le hemos dicho, el Ministerio de Sanidad no tiene evidencias de que las personas VIH positivo vayan a sufrir mayor riesgo, aunque en todo caso serán los sanitarios del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales los que evaluarán su estado y emitirán un informe sobre las medidas especiales que se deban tomar para garantizar su protección, adaptando, si fuera necesario, su puesto de trabajo.

- ¿Y si me discriminan por ser VIH positivo?

La condición de VIH positivo no puede suponer ningún tipo de discriminación para el acceso al empleo público, esto quiere decir que no puede ser la razón por la que se niegue a una persona un puesto de trabajo o se le trate de manera diferente que a los demás compañeros de trabajo.

Si esto ocurriera, es decir, si se denegara a una persona un puesto de trabajo público (o en una empresa privada) o se estuviera adoptando decisiones con respecto a esta persona que la perjudiquen con respecto a los demás compañeros sin ninguna justificación estaríamos ante un caso de discriminación. Puede existir en España un trato diferenciado entre personas, pero se debe justificar de una manera objetiva y razonable. Si no existe este juicio de valor en el que se garantice que la medida es necesaria y adecuada para conseguir el objetivo que se persigue, además de proporcional respecto de los demás derechos constitucionales, estaríamos ante un caso de discriminación no permitida.

Estas decisiones que perjudiquen a un trabajador o trabajadora por el único hecho de que sea VIH positivo y serían nulas, esto quiere decir que no tendrá ningún efecto (como si no se hubiera tomado ninguna decisión).

Si considera que en algún momento la Junta o el centro en el que vaya a trabajar toma alguna decisión que usted considere que la perjudique y que el único motivo de tal decisión sea su estado serológico le recomendamos que presente una denuncia describiendo los hechos ante la Inspección de Trabajo, para que tome una decisión en relación con tales decisiones. Encontrará más información sobre cómo hacerlo en el siguiente enlace del ministerio de trabajo:

https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/COMO_DENUNCIAR_ITSS.html

2. Derecho a la Intimidad y prevención de riesgos.

Todas las personas tienen reconocido en la Constitución el derecho a la intimidad, esto quiere decir que ninguna persona puede ser obligada a compartir información sobre su vida privada salvo que haya alguna causa mayor. Debemos advertirle de que desgraciadamente es posible que la administración insista en saber detalles sobre su estado de salud ya que se dictan numerosas sentencias en la actualidad en las que se condena a las empresas por estas intromisiones en la intimidad de sus trabajadores.

La información relativa a la salud de una persona forma parte de este derecho, por tanto, el estado serológico (VIH+) es una información reservada que solo se compartirá

si usted consiente en compartirla, salvo en determinadas ocasiones donde por causas bien justificadas se deba compartir.

Dentro del ámbito laboral resulta especialmente delicado el trato que debemos darle a este derecho y es importante que sepa que no siempre tiene que compartir determinada información cuando se le requiere. Tanto es así que se le ha dado especial protagonismo a este tema en el plano internacional, en el que muchos países, entre ellos España, se han comprometido a trabajar en medidas para eliminar la discriminación y la estigmatización que han estado sufriendo las personas VIH+. En especial, van a trabajar en la salud y seguridad en el trabajo, para tomar las precauciones que sean necesarias para la prevención de contagios y sensibilización de los trabajadores y evitar tratos discriminatorios. Estas medidas se han traducido en la incorporación progresiva en nuestro derecho de regulaciones sobre VIH.

La administración que la vaya a contratar debe velar siempre por guardar las debidas medidas para garantizar su seguridad e higiene y prevenir posibles accidentes laborales o enfermedades ocasionadas como consecuencia del trabajo. Una de las formas para llevar esto a cabo es hacer reconocimientos médicos periódicos a sus trabajadores para adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad.

Los reconocimientos médicos deben ser necesariamente consentidos por el trabajador, aunque hay excepciones a esta regla, cuando sea estrictamente necesario realizar el reconocimiento 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.

En todo caso, cualquier medida que lleve a cabo el que la contrate deberá respetar su derecho a la intimidad y la confidencialidad de cualquier información relacionada con su estado de salud. Es importante que sepa que la Junta no tiene que saber su estado serológico en ningún momento, como hemos dicho es información que forma parte de su intimidad y como tal no tiene que ser comunicada a la junta salvo que usted expresamente quiera hacerlo.

Por último, el reconocimiento médico lo va a realizar siempre un profesional sanitario. Este profesional debe saber los detalles sobre su salud para poder determinar los potenciales riesgos a los que usted se va a exponer para que de esta manera se puedan tomar las correspondientes medidas de prevención. Le transmitirá a la administración un informe donde reflejará los riesgos existentes y las medidas que considere que se deban tomar, pero no informará a la administración que la vaya a contratar sobre su estado serológico u otra información que afecte a su intimidad.

3. Declaración responsable y su relación con el VIH.

La situación epidemiológica ante la que nos encontramos ha provocado que en todos los lugares hayan tomado medidas para evitar la propagación del virus. En concreto, la Junta de Andalucía ha tomado una medida en concreto, exige una declaración responsable a los trabajadores y trabajadoras que por su estado de salud se encuentren

clasificados en alguno de los grupos que consideran de riesgo, para tomar en relación con estas personas medidas especiales y evitar posibles riesgos sobre la salud de estas.

En este caso la declaración responsable sustituye el reconocimiento médico del que hemos hablado anteriormente, consiste en un documento mediante el cual usted manifiesta que se encuentra o no en alguno de los grupos de riesgo bajo su responsabilidad.

Los datos más actualizados que nos ofrece el Ministerio de Sanidad además de otros estudios llevados a cabo por distintos hospitales ponen de manifiesto que las personas VIH positivo no son mas propensas a contagiarse que la gente común, ni tampoco que sufren mayor riesgo frente a la enfermedad Covid19.

Una persona VIH positivo, como es su caso, no forma parte de ninguno de los denominados grupos de riesgo, por tanto, en la declaración responsable deberá manifestar que no forma parte de ningún grupo de riesgo ni tampoco su estado serológico.

De nuevo le agradecemos la confianza depositada en la Clínica Legal y esperamos que le sea útil la información que le enviamos. Si desea realizar alguna otra consulta no dude en preguntarnos.

El acceso a la función pública se basa en los principios de mérito y capacidad, enunciados en el artículo 103.3 de la Constitución, y en el de igualdad, enunciado en el 23.2. Dichos criterios se reiteran en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que es la norma básica que regula el empleo en las distintas Administraciones Públicas. Así, el artículo 55 del EBEP señala que «todos los ciudadanos tienen derecho al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad». A las personas con VIH no se les puede negar o restringir su derecho a acceder a un puesto público conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, sobre la base de su condición de salud, salvo que se demuestre que no pueden realizar las funciones esenciales del cargo. Es, por lo tanto, inadmisibile constitucionalmente una norma que impida el acceso a la función pública de personas con VIH cuya incapacidad para hacer dichas funciones no se ha demostrado de forma fehaciente, sino que se basa en una presuposición. Aquellas normas que limitan o restringen los derechos de una persona o de un colectivo de personas a acceder a un puesto de trabajo, escoger profesión u oficio, o competir en igualdad de condiciones para acceder a un cargo o función pública, deben fundarse en argumentos objetivos y razonables. A esto se añade que una restricción tal debe afectar en exclusiva a las personas o grupos de personas que efectivamente no pueden cumplir con las funciones esenciales de dicho cargo. Por tanto, si el colectivo excluido está formado tanto por personas que pueden ser aptas como por personas que pueden no serlo, la norma o decisión administrativa no tiene justificación razonable alguna y debería, en principio, ser declarada inconstitucional o contraria a Derecho. Como ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia

3053/2013, de 26 de enero, FJ 2, «la sola detección de una causa de exclusión no obliga a la Administración a excluir del proceso selectivo al afectado sin atender a su gravedad y a su incidencia en el desempeño de la función correspondiente a las plazas del cuerpo en que se pretende ingresar». Por último, es importante recordar que, en virtud de la Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público, el VIH se ha eliminado de las causas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público en todas las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, que se convoquen con posterioridad a la fecha de adopción del citado Acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la Oferta de Empleo Público del año 2019, adaptándolas a la evidencia científica en el momento de la convocatoria, sujeto al dictamen del órgano facultativo correspondiente y sin perjuicio de la superación de las pruebas selectivas en cada caso.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Usuario paciente de VIH indetectable. Se ha presentado a las oposiciones de educación secundaria cuyo requisito supone la presentación de un certificado médico en el que se detalle que está capacitado para ejercer su labor. Desea conocer información sobre el asunto.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Derecho a la igualdad y no discriminación.

Artículo 103.3. Derecho de acceso a la función pública.

-. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

Artículo 61. Sistemas selectivos.

-. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de noviembre de 2021, núm. 274.

Artículo 3. Definiciones legales.

-. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Artículo 4. Definiciones.

Artículo 5. Principios relativos al tratamiento.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Sentencia del Tribunal Supremo 319/2015, de 26 de enero. Fundamento Jurídico 5.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 1678/2015, de 7 de abril. Fundamento Jurídico 4.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle la confianza depositada en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para solucionar su consulta, ya que gracias a usted desarrollaremos nuevas habilidades y capacidades, lo cual nos ayudará a ser mejores abogados.

ÍNDICE DE LA CONSULTA

Requisito de presentar certificado médico.

Contenido del certificado médico.

Acuerdo del Consejo de Ministros.

Principio de minimización de los datos.

Conclusiones.

1. Requisito de presentar certificado médico.

Con el fin de dar cumplimiento a la normativa sobre riesgos laborales, en España para algunos procesos selectivos, entre los que se encuentran las oposiciones para profesor de secundaria, se requiere la presentación de un certificado médico acreditativo de **no padecer** ninguna enfermedad ni defecto físico o psíquico que imposibilite para el ejercicio de las funciones propias del puesto de trabajo.

Según establece el **artículo 61.2 y 5 del Estatuto Básico del Empleado Público**, las personas que aspiren a una de las plazas convocadas deberán superar los procesos selectivos, que podrán consistir en un sistema de oposición o concurso oposición, y que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los

aspirantes y establecer el orden de prelación. En estos procedimientos de selección podrán incluirse pruebas físicas y **reconocimientos médicos**.

2. Contenido del certificado médico.

Este certificado médico deberá únicamente indicar si la persona es apta o no para la ocupación del puesto y/o para desempeñar las funciones propias de la plaza a ocupar.

¿Es relevante para el desempeño de dichas funciones de profesorado que una persona tenga VIH? En efecto, **no**.

Dada la evidencia científica sobre el tratamiento como prevención, esta exclusión estaría injustificada y vulneraría el derecho de **igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española** y el derecho a **acceso a la función pública en condiciones de igualdad y respetando los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 de la Constitución Española**.

En caso de que en la convocatoria del procedimiento selectivo publicada oficialmente se discriminase a las personas con VIH para su presentación, se recomienda la impugnación de las bases de la misma. Revisando la orden publicada en diciembre de 2020 por la que se efectúa convocatoria de procedimientos selectivos para el ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño y acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño, hemos comprobado que la misma no ostenta discriminación alguna.

El Tribunal Supremo ha señalado en dos recientes sentencias que debe ser acreditada por la Administración la relevancia que la presencia de la enfermedad pueda tener en la prestación del servicio.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 319/2015, de 26 de enero, en la cual se resuelve el recurso de casación interpuesto por tres aspirantes al ser declarados no aptos durante las pruebas de reconocimiento médico de un procedimiento selectivo para el Cuerpo Nacional de Policía por padecer «discromatopsia» se determina finalmente que *“desde el momento en que no lo considera relevante una vez constatada la discromatopsia en los tres ahora recurrentes, no se ha establecido que sea de tal naturaleza que les impida el desempeño de las funciones policiales”*.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1678/2015, de 7 de abril, se establece de nuevo que *“sobre la necesidad de que en los casos de discromatopsia leve, se motive no solo la existencia de la enfermedad sino que se justifique la relevancia que ello pueda tener en la prestación del servicio, se ha pronunciado ya esta Sala en anteriores ocasiones”*.

Interpretando ambas sentencias al caso que nos concierne, debe comprender que debe estudiarse en cada caso la relevancia de la enfermedad para ejercer las labores propias del funcionariado y, en su caso, el VIH **no** es una circunstancia relevante para desempeñar el cargo de profesor de secundaria.

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente determina las definiciones legales y el contenido de los documentos que los médicos pueden expedir con nuestros datos sanitarios:

El **certificado médico** se concibe como la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento. Este es el documento que a usted se le requiere como requisito para la presentación a la convocatoria, únicamente se debe informar de que usted se encuentra en buen estado de salud.

La **historia clínica** es el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.

El **informe clínico** es todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla.

3. Acuerdo del Consejo de Ministros.

El 30 de noviembre de 2018 se efectúa el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público.

El Acuerdo propuso eliminar el VIH, la diabetes, la enfermedad celiaca y la psoriasis de las causas genéricas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público y, en consecuencia, promover la modificación, por los departamentos ministeriales competentes, de aquellas normas reglamentarias que contemplen estas y otras enfermedades como causa de exclusión al empleo público.

Esta medida adoptada fue aplicada así a todas las convocatorias convocadas con posterioridad a la fecha de adopción de este acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la oferta de empleo público del año 2020, adaptando las mismas a la evidencia científica actual y valorando siempre la situación clínica del aspirante y no sólo su diagnóstico.

4. Actuación ante el personal sanitario.

Por tanto, como usted pudo comprobar, el VIH no supone una causa de exclusión para el acceso a las oposiciones de profesorado por lo que, si usted acude al médico para obtener dicho certificado debe saber que no está exento de presentarse por razón de padecer VIH.

En caso de que el personal sanitario encargado de elaborar dicho certificado desee incluir ese dato en el mismo debe saber que no se encuentra legitimado para dicho tratamiento de datos personales y que, en caso de hacerlo, usted podrá interponer una reclamación en el centro médico e incluso ante la Agencia Española de Protección de Datos por incumplir esta Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de derechos digitales y el Reglamento General de la Protección de Datos.

Los datos personales se definen en el **Reglamento General de la Protección de Datos (en adelante, RGPD)** como “toda información sobre una persona física identificada o

identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Para poder llevar a cabo u tratamiento de sus datos personales debe ostentarse una base legitimadora, lo cual no es el caso que nos concierne ya que el hecho de usted padecer VIH es irrelevante para la elaboración del certificado médico para la presentación la convocatoria de sistemas selectivos para profesorado de secundaria.

Aquí ostenta gran relevancia el principio de **minimización de los datos del artículo 5 RGD** que determina que los datos deben adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

En este caso sus datos sanitarios referentes al VIH no son adecuados y significativos para la presentación a la convocatoria de profesorado por lo que, si el personal sanitario insistiera en incluirlo, podría vulnerar su derecho fundamental a la protección de datos personales recogido el **artículo 18.4 de la Constitución Española**.

Por tanto el certificado médico que le expidan debe ser genérico y no especificar que usted es paciente de VIH dada la nula relevancia que ostenta para su profesión.

Conclusiones.

Como conclusiones finales le recordamos que usted ostenta todo el derecho a presentarse a la convocatoria sin que el médico expide en su certificado que usted es paciente de VIH dado que no es relevante para el caso que a usted le concierne.

Según el Consejo de Ministros el VIH queda eliminado de las causas genéricas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público, por lo que si el personal sanitario decidiese incluir sus datos sanitarios relativos al VIH en el certificado se estaría vulnerando su derecho a la Protección de Datos dado que los mismos son inadecuados con los fines para los que son tratados.

Esperamos haber resuelto sus dudas.

Clínica Legal UAH.

La publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros ha sido fundamental para terminar con la exclusión automática de las personas con VIH en las ofertas de empleo público en el ámbito de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que se ha venido produciendo desde hace más de 30 años. Desde su publicación se han ido modificando, de forma paulatina, los cuadros de exclusiones de las convocatorias estatales, por lo que el VIH ha dejado de ser un factor excluyente en las mismas, si bien el acceso al correspondiente empleo público está condicionado por la superación, en idénticas condiciones, de las pruebas correspondientes. El alcance de este Acuerdo hace referencia a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

Estado, sin embargo, su contenido ya se ha extrapolado a convocatorias de ámbito autonómico y local, como ya ha ocurrido en convocatorias a empleos públicos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Valencia, La Rioja, Canarias, Navarra y Cataluña.

No obstante, como podemos comprobar en la siguiente consulta, las instituciones suelen ser refractarias a los cambios y mantienen comportamientos contrarios a los derechos fundamentales de las personas.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es militar y tiene VIH, quiere saber si se han vulnerado sus derechos a la intimidad, a la dignidad y a la confidencialidad de su salud al realizarle un reconocimiento médico donde se incluían pruebas de ETS de las que no había sido informado y a cuyos resultados ha tenido acceso personal no autorizado.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Reglamento (UE) 679/2016 de Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº 119/1 de 5 de mayo de 2016

Artículo 5. Principios relativos al tratamiento.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales

Artículo 17. Derecho de supresión

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Principio de igualdad

Artículo 15 Derecho a la vida, integridad física y moral

Artículo 18. Derecho a la intimidad.

Artículo 53. Recurso de Amparo

Artículo 119.

Artículo 161.

Artículo 162

-. España. Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de octubre de 1979, núm. 239.

Artículo. Título III. Del recurso de amparo constitucional.

-. España Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011, núm. 245*

Artículo 177 a 184 De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

-. España. Ley Orgánica 3/2008 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, núm. 294*

Artículo 5. Deber de confidencialidad

Artículo 9. Categorías especiales de datos

Artículo 28. Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento.

-. España. Ley 1/1996 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado de 12 de enero de 1996, núm. 11.*

Artículo. 1 Ámbito personal de aplicación

Artículo 3. Requisitos básicos

-. España. Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274*

Artículo 2. Principios básicos

Artículo 7. Derecho a la intimidad

Artículo 8. Consentimiento informado

-. España. Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado, 28 de julio de 2011, núm. 180.*

Artículo 4. Principio de Igualdad

Artículo 10. Derechos a la intimidad y dignidad personal

Artículo 27. Prevención de riesgos y protección de la salud

-. España. Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Publicada en el *Boletín Oficial el Estado, el 20 de noviembre de 2007, núm. 278*

Artículo 79. Historial militar

Artículo 81. Informes personales

Artículo 83. Expediente de aptitud psicofísica.

-. España. Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado de 15 de octubre de 2015, núm. 247.*

Artículo 50

. - España. Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 18 de julio del 1987, núm. 171

Artículos. Del Título Preliminar. De la jurisdicción militar y del ejercicio de la potestas jurisdiccional militar.

Artículos. Capítulo I. De la competencia de la jurisdicción militar.

Artículo 59.

Artículo 60

Artículo 61

-. España. Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 18 de abril de 1989, núm. 92

Artículo. Título Preliminar. Del Proceso penal militar.

Artículo. Capítulo II. De las reglas pro donde se determina la competencia en el ámbito de la Jurisdicción Militar en materia penal.

Artículo. Sección 1º De las clases de los procedimientos judiciales militares y sus modos de inicio.

-. España. Ley 39/2015 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 2 de octubre de 2015, núm. 236

-. España. Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, e prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 18 de enero de 2008, núm. 16.

Artículo 7. Derecho a la información.

Artículo 14. Vigilancia de la salud.

Artículo 18. Obligaciones del Ministerio de Defensa.

Artículo 17. Protección de los datos relativos a la salud

Artículo 20. Obligaciones del personal.

-. España. Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de marzo de 2021, núm. 59.

-. España. Real Decreto 944/2001 de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica el personal de las Fuerzas Armadas. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el y de agosto de 2001, núm. 186.

Artículo 4. Reconocimientos médicos periódicos.

Artículo 7. Reconocimiento y pruebas no periódicas

-. España. Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 7 de febrero de 2009, núm. 33

Artículo 40. Cuidado de la Salud.

-. España. Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 2014, núm. 84

Artículo 1. Objeto

Capítulo III. Tramitación de quejas

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 196/2004 de 15 de noviembre.

Hechos del caso: Despido de una empleada por positivo en drogas. Realización de un test de drogas a la trabajadora durante el reconocimiento médico de empresa. No existía consentimiento de la empleada para este tipo de análisis ni estaba justificado por los riesgos laborales del cargo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Seis, Siete y Ocho.

-. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 207/1996 de 16 de diciembre.

Hechos del caso: Derecho a la Integridad física y moral y a la intimidad personal. Tras la práctica de intervención corporal (corte de cabello, vello de axilas) con la negativa del interesado para la resolución de una causa penal.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Dos y Tres.

-. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 37/2011 de 28 de marzo

Hechos del caso. Falta de consentimiento informado a un paciente para la realización de una intervención quirúrgica, que le causó secuelas graves.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Tres, Cuatro, Cinco y Seis.

-. España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Militar). Sentencia 25 de febrero 2002.

Hechos del caso. Denuncia de la vulneración del derecho a la intimidad tras la supuesta solicitud de un superior del historial clínico de un subordinado que permanecía de baja médica.

Se han utilizado el Fundamento Jurídico

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Código de Deontología Médica, *Guía Médica Ética*. Editado por Organización Médica Colegial de España. PO 579/2011.

Artículo 29

Artículo 31

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queríamos su confianza en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, su consulta nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

Vamos a dividir su consulta en cuatro apartados, correspondientes a las dudas que nos plantea

INTRODUCCIÓN

DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

DEFENSA DERECHOS FUNDAMENTALES

Introducción

En el marco de las Naciones Unidas, en especial de ONUSIDA se han realizado numerosos estudios es los que ha quedado patente el riesgo a exposición del personal militar a enfermedades de transmisión sexual (ETS) en misiones en el extranjero.

Durante las últimas décadas las ONU ha ido implantando una serie de estrategias encaminadas a prevenir situaciones de explotación y abuso sexual durante las misiones. A través campañas de educación, medidas de prevención como la evaluación y gestión de riesgos en las misiones o políticas de no confraternización con civiles, la ONU busca evitar comportamientos que entrañen riesgo tanto para el personal militar desplazado, como para la sociedad civil.

La obligación del personal militar desplazado a terceros países a comportarse conforme a los estándares de conducta de las ONU no justifica la realización de pruebas de ETS ni VIH al personal militar, sin que exista para ello autorización previa del interesado, ya que estaríamos ante una violación de los derechos individuales.

Derecho a la intimidad e integridad física y moral.

En el ámbito de la vigilancia de la salud, las Fuerzas Armadas pueden realizar reconocimientos médicos obligatorios a su personal, con el objetivo de asegurar que el estado de salud no constituye ningún peligro para el propio titular ni para el resto de personal.

En este punto, es importante recordar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el reconocimiento médico de carácter obligatorio, contrario a la regla general que establece su voluntariedad. El TC ha establecido tres requisitos necesarios que justifiquen la contradicción de la regla sobre la libertad de decisión del trabajador; *la proporcionalidad al riesgo* por no existir opciones alternativas que causen un menor

impacto en el núcleo de los derechos quebrantados; la *indispensabilidad de las pruebas*, por acreditarse de forma objetiva que es necesario la realización del reconocimiento para evitar un riesgo real y por último es necesario *la presencia de un interés preponderante del grupo social* o de una situación de necesidad.

Este reconocimiento médico según el artículo 17 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de las organizaciones de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, debe llevarse a cabo respetando el “*derecho a la intimidad y dignidad del personal y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud*”. Establece dicho precepto que los órganos competentes recibirán conclusiones generales derivadas del reconocimiento.

Estas *conclusiones generales*, enmarcadas en la protección de datos personales en el ámbito de la salud, tiene que atender al principio de minimización de datos. Este principio exige que la información que se aporte sea aquella imprescindible y pertinente, necesaria para la finalidad del trabajo a desempeñar. En este caso sería su aptitud o no para participar en la misión que origina el reconocimiento médico.

El artículo 18.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la intimidad personal, este derecho fundamental otorga a su titular la facultad de imponer a terceros la obligación de no entrometerse en la esfera íntima de la persona, salvo que exista una causa constitucionalmente justificada y proporcionada. Las Fuerzas Armadas no son un ente ajeno a esta obligación constitucional, por lo que el personal militar no debe sufrir ningún tipo de limitación de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Por otra parte, y como veremos más tarde el derecho de confidencialidad del artículo 18.4 garantiza al titular del derecho un poder de control, tanto en el uso como en el destino de sus datos personales, ya se refieran a la esfera más íntima de la persona o no. La finalidad de esta protección es la de evitar que estos datos se puedan utilizar con un fin lesivo para la dignidad del titular.

La Constitución Española reconoce y protege el derecho a la intimidad personal y en consecuencia la vida privada. El Tribunal Constitucional ha señalado en diferentes ocasiones, que el derecho a la intimidad, cuando deriva de la dignidad de la personal y protegido en el artículo 10.1 CE, se integra en una esfera propia y reservada frente a la acción y el conocimiento de terceros. Nos encontramos ante un ámbito estrictamente personal e íntimo de la vida privada. Por tanto, se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que estaremos ante una intromisión al derecho a la intimidad personal cuando a través de una intervención corporal (análisis de sangre, de orina, etc.) se pretenda averiguar datos que afecten a la esfera más íntima de la persona sin el consentimiento de su titular.

Es importante analizar qué es el consentimiento en el ámbito de la salud, así como su alcance constitucional. El Tribunal Constitucional ha reiterado en diferentes sentencias que el artículo 15 de la CE protege “*la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que careza del consentimiento de su titular*”. Por tanto, la protección constitucional que se otorga a la vida y a la integridad personal, implica que

cualquier actuación que afecte a la integridad física o moral de la persona tenga que ser consentida por el titular del derecho, o en su defecto constitucionalmente justificada.

Este consentimiento previo debe realizarse ante cualquier actuación médica, es un derecho inherente a la persona que implica la facultad de su titular a aceptar o rechazar cualquier intervención corporal. Para prestar consentimiento o no con las suficientes garantías es necesario que el titular tenga toda la información sobre las pruebas que se van a realizar.

El Tribunal Constitucional hace una diferenciación entre el consentimiento y la información previa, entiende por tanto que el consentimiento es un derecho inherente a la persona que faculta a su titular a impedir cualquier tipo de intervención sobre su cuerpo. En cuanto a la información previa el Alto Tribunal entiende que para poder consentir de forma libre es necesario que el paciente cuente con toda la información necesaria para tomar una decisión de acuerdo con sus intereses legítimos. Esta información previa es considerada como un mecanismo que da garantías y efectividad al principio de autonomía de la voluntad de paciente.

El acceso a la información es un requisito que adecua el consentimiento, garantizando así a su titular decidir de forma libre sobre el ámbito personal que se verá afectado por la intromisión. Queda claro en su consulta que si usted hubiera sido informado sobre la realización de la prueba de VIH, hubiera rechazado participar en la misión al extranjero, dado el carácter obligatorio del reconocimiento médico en estos supuestos.

Para limitar un derecho fundamental en una sociedad democrática y de derecho el Tribunal Constitucional exige una serie de requisitos. Debe existir un fin constitucional legítimo y que esté previsto por la ley y es necesario que se dé el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

La existencia de un fin constitucional legítimo y previsto en la Ley. En este caso, nos encontraríamos ante la necesidad de protección de la salud pública o de terceras personas. Como comentamos anteriormente, importantes estudios de las Naciones Unidas han concluido el alto riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual entre el personal militar destinado en el extranjero. Estos contagios son recíprocos, aumentando tanto los contagios de ETS entre la población local como entre los militares destinados.

Al analizar el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de realizar un juicio de ponderación. Debe analizarse si la medida es idónea para conseguir el fin que persigue, si es necesaria, por lo que no debe de existir otra medida menos restrictiva y, por último, tiene que ser proporcionada, no debe existir un desequilibrio excesivo entre el alcance de la restricción y el derecho que resulta afectado.

Al analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las restricciones al derecho a la integridad y a la intimidad tenemos en cuenta que, el VIH no se encuentra entre las enfermedades de exclusión para el acceso a los centros docentes militares de formación, ni es una exclusión para la realización de misiones militares en el extranjero.

En relación con la transmisibilidad del VIH se da solo por vía percutánea o por vía mucocutánea, es decir, a través de la exposición a fluidos altamente infecciosos, a través de punciones o cortes o mediante prácticas sexuales sin protección con personas potencialmente infecciosas. En la actualidad y gracias a los tratamientos el VIH no se puede considerar como un riesgo para la salud pública puesto que estos llegan a reducir la carga viral hasta niveles indetectables, favoreciendo así la menor transmisibilidad del virus.

Otro de los mecanismos no invasivos de protección y no discriminatorios de las personas con VIH son las Medidas Universales de Prevención de la Transmisión (MUPT), que actúan de forma bidireccional. Estas medidas nos protegen tanto a nosotros como a terceros a garantizando así nuestro derecho a la intimidad.

Podemos concluir que no se dan los requisitos básicos del principio de proporcionalidad, nos encontramos ante una vulneración del derecho a la intimidad y a la integridad física y moral. Ya que no se puede justificar la necesidad de realizar una prueba de detección de VIH, puesto que esta solo será obligatoria cuando no existan alternativas menos intrusivas a nuestro derecho. En el caso que usted nos plantea no está justificada la realización de la prueba de VIH ya que la adopción de las MUPT es suficiente para evitar cualquier riesgo.

Derecho a la protección de datos.

Como hemos visto anteriormente la Constitución Española protege en su artículo 18.1 el derecho a la intimidad, pero, en el 18.4 protege también el derecho a la protección de datos.

En primer lugar, es importante recordarle que nuestra Constitución garantiza la gratuidad de la justicia para aquellos ciudadanos que acrediten insuficientes recursos económicos para litigar. Esta gratuidad se da tanto en los procedimientos ordinarios como extraordinarios.

Esta protección también se hace visible en la legislación militar, así la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, protege en su precepto 10 la intimidad personal, secreto de las comunicaciones, y el derecho a ser respetada su dignidad personal. Estando protegidos los datos de los miembros de las Fuerzas Armadas a la legislación sobre la protección de datos de carácter personal.

El Real Decreto 1755/2007 de prevención, de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, establece la obligación de respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad del personal, así como la confidencialidad del estado de salud, según lo previsto en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El artículo 83.4 del citado Real Decreto dice que *“Los resultados de los reconocimientos médicos quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya”*.

El Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre la importancia de garantizar el derecho a la confidencialidad aludiendo a las garantías que ofrece el artículo 18.4 de la

CE. Este artículo otorga al titular de este derecho el poder de control sobre sus datos personales, tanto en su uso como en su destino, con el fin de evitar que estos datos sean utilizados con un fin que puede lesionar la dignidad de su titular.

Como hemos visto, el derecho a la confidencialidad de los datos personales y de forma especial los relacionados con la salud, se encuentran protegidos como un derecho fundamental en nuestra Constitución.

Para garantizar este derecho, los responsables médicos tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar la divulgación de la información obtenida por medio de los reconocimientos médicos. Se busca a través de esta obligación evitar que los datos obtenidos puedan atentar contra la intimidad de los pacientes.

Por tanto, nuestra historia clínica, sobre todo la que hace referencia a datos relativos a la salud se encuentra altamente protegida, por lo que cualquier persona que intervenga en su tratamiento se encuentra obligada al secreto profesional, esta obligación no solo alcanza al médico que nos realice la historia clínica, sino a todas aquellas personas que tengan acceso a estos datos.

Consideramos, por tanto, según los datos facilitados en su consulta, que la divulgación de los datos referentes a su enfermedad vulnera su derecho a la protección de datos protegidos por la Constitución.

Defensa derecho fundamentales.

Para poder defenderse frente a la vulneración de su derecho a la intimidad y a la confidencialidad, a continuación, le ofrecemos diferentes de posibilidades.

En el ámbito militar el Real Decreto 176/2014 de 21 de marzo, establece el procedimiento de “queja”, por el cual el personal militar puede reclamar a través del conducto reglamentario y de forma individual ante el mando u órgano directivo competente su discrepancia ante aspectos del régimen de personal y de las condiciones de vida.

Mediante este procedimiento usted podrá formular una queja tanto sobre el alcance de las pruebas de su reconocimiento médico, como por el trato que se ha dado a los datos que aparecen en su historial médico. Deberá manifestar por escrito su queja a su superior jerárquico. Si una vez que ha presentado la queja en el plazo de un mes no ha recibido contestación, o por el contrario, usted no está conforme con el acuerdo adoptado, podrá presentar la misma queja directamente y por escrito el mando o jefatura de personal correspondiente.

En el ámbito civil, usted podrá presentar una reclamación administrativa en la Agencia Española de Protección de Datos. Este procedimiento no requiere de postulación procesal, es decir, no es necesario que esté representado por abogado y procurador

Para dar comienzo a este tipo de reclamación civil, usted deberá realizar una solicitud donde tienen que aparecer sus datos personales, identificación del medio electrónico o en su defecto, lugar físico o dirección de correo electrónico donde desea que le practiquen las notificaciones, los hechos y las razones que motiven su denuncia, el lugar y la fecha y su firma, debe añadir el órgano o unidad administrativa a la que se

dirige junto al correspondiente código de identificación. Debe dirigir el documento a la Agencia Española de Protección de Datos, donde le facilitarán el código de identificación.

Mediante la jurisdicción social que conoce de las lesiones, entre otros a los derechos fundamentales y libertades públicas, y del trato discriminatorio en el ámbito laboral usted podrá solicitar la protección de sus derechos.

Como trabajador al que se le ha lesionado el derecho a la intimidad y a la confidencialidad protegido en el artículo 18 de la CE, está legitimado a recabar su tutela a través de la jurisdicción social. Este procedimiento tiene carácter urgente y preferente. En necesario la asistencia de abogado y procurador, en la sentencia se deberá expresarse de forma clara los hechos constitutivos de la vulneración del derecho.

Si la sentencia fuera contraria a sus pretensiones usted podrá presentar un recurso de suplicación. Este deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a que se notifique la sentencia ante el juzgado que dictó la resolución impugnada. Por último, podrá presentar recurso de casación en el plazo de cinco días tras conocerse la sentencia. Siempre que se den las condiciones exigidas por el artículo 207 de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social

En el ámbito penal, se podía denunciar al comandante médico, en base al artículo 50 del Código Penal Militar que castiga con pena de seis a dos años de prisión aquellos comportamientos que, sin incurrir en delitos de insulto o abuso de autoridad, impidiere o limitare a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas y atentare de modo grave contra su intimidad y dignidad personal. La competencia para conocer del procedimiento será Juzgados Togados de cuya demarcación o territorio se hubiera cometido el delito. Para presentar la demanda tendrá que ser asistido por abogado y procurador.

Por último, el recurso de amparo, es un proceso largo en el tiempo y con una importante inversión económica ya que para llegar hasta él es necesario haber agotado todas las vías judiciales previas.

Para la viabilidad del proceso es necesario que se justifique ante el Tribunal Constitucional una especial trascendencia constitucional. Esto se aprecia atendiendo a la importancia que el asunto tiene para la interpretación de la Constitución, su aplicación, contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El Alto Tribunal marca una relación no cerrada de supuestos de trascendencia constitucional. Que el recurso plantee un problema o faceta de derecho fundamental o libertad pública sobre el que no haya doctrina del Tribunal; Cuando se dé ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, tanto como consecuencia de un proceso de reflexión interna o debido a la aparición de nuevas realidades sociales, cambios normativos, acuerdos internacionales ratificados por España; Cuando la vulneración sea consecuencia de una ley; Cuando la vulneración traiga causa de reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal considere lesiva de un derecho fundamental. Cuando sea reiterado el incumplimiento de la doctrina del Tribunal sobre un derecho fundamental o libertad pública por la jurisdicción ordinaria.

En su caso, como hemos expuesto en las páginas anteriores, existe importante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad y a la confidencialidad, así como gran normativa que nos ampara en este derecho. Entendemos que no se da la relevancia constitucional para presentar un recurso de amparo.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

A lo largo de estos dos años de pandemia, han ido llegando consultas a la Clínica legal sobre cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales. Las personas con VIH sólo pueden ser consideradas trabajadores o trabajadoras especialmente sensibles en relación a la infección de coronavirus SARS-CoV-2, si previamente se hubiera emitido un informe individualizado estableciendo la naturaleza de especial sensibilidad de la persona trabajadora y las medidas de prevención, adaptación y protección teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la persona trabajadora.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Un sanitario con VIH, al ser es una persona inmunocomprometida y trabajar en un hospital, en concreto en áreas en las que se trabaja con infinidad de patógenos y debido a la situación actual por el COVID-19, quiere saber si es factible o no solicitar el reconocimiento de un grado de discapacidad.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

-. Buenos días, para la resolución de su consulta necesitaríamos saber en qué comunidad autónoma reside, debido a la diversa normativa autonómica esto nos sería de utilidad por ejemplo a la hora de desarrollar el procedimiento que deberá de seguir si quiere solicitar el reconocimiento de discapacidad.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española en concreto en el artículo 49

- Real decreto legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006 en su artículo 1 donde se establece el propósito y la definición de las personas que se consideran tendrán discapacidad.
- Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 25 regula la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.
- Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- TSJ de Catalunya, Sala de lo Social, Sentencia de 8 de noviembre de 2016.
- Tribunal Supremo, Sentencia de 21 de marzo de 2007.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, en primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá con el fin de recibir orientación e información legal y, por tanto, por la confianza depositada en la Clínica permitiéndonos desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

Con el fin de facilitarle la comprensión, examinaremos en distintos apartados las cuestiones planteadas. Así, trataremos, primeramente, de lo que nos pregunta respecto a la posibilidad del reconocimiento de discapacidad y forma para solicitarlo y, posteriormente, desarrollaremos otra posibilidad en caso de que si no se le puede reconocer el grado discapacidad.

1. ¿Diferencia entre la definición de discapacitado que se da en la convención y el real decreto legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social?

En España, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, considera que Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva

en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás . Tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. (Artículo 4)

Sin embargo, desde el punto de vista de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se insiste en que la discapacidad sólo se produce en la medida en que los condicionantes personales interactúan con condicionantes sociales y que, por tanto, para prevenir la discapacidad no basta con incidir en los condicionantes personales, es preciso también eliminar las barreras sociales. Desde la definición del Derecho internacional, las personas con VIH son personas con discapacidad, en la medida en que, como resultado de la interacción entre la infección y diversas barreras, se impida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. Incluso cuando las personas que viven con VIH permanecen asintomáticas, el estigma asociado actúa como una barrera que dificulta o impide el igual ejercicio de sus derechos y el acceso a bienes y servicios. Por tanto, si tomamos como punto de partida esta concepción, y en la medida en que el VIH mantenga su carácter estigmatizante, es posible afirmar que las personas con VIH son personas con discapacidad a los efectos de la Convención

2. Sobre la posibilidad del reconocimiento de discapacidad y forma para solicitarlo

El mero diagnóstico de VIH no supone el reconocimiento automático de un grado de discapacidad. Es preciso solicitar este procedimiento, según establece en Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Según el RDL 1/2013, serán personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. A ello se une un requisito administrativo, pues solo tendrán esta consideración aquellas personas que alcancen un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Respecto de las noches de hospitalización, la estancia hospitalaria no determinará los días de permanencia, por lo tanto, dependerá de la situación en la que se encuentre cada persona y como su cuerpo vaya avanzando y se adapte a su condición. Pero esto sólo se reconocerá a aquellas personas con un CD4 inferior a 200 sin embargo en su caso presenta un CD4 superior a 700.

En cuanto a cómo se podría solicitar el grado de discapacidad, el proceso suele tener una duración media de unos 6 a 8 meses, aunque puede variar en función de la comunidad autónoma en la que se realice. Puede iniciarse en cualquier momento del año, siendo español o extranjero residente legalmente en España, siempre en el lugar de empadronamiento de la persona y contempla las siguientes fases:

1. Contactar con el organismo competente de la Comunidad Autónoma podrá ser: (Consejería de Asuntos Sociales del Ayuntamiento en cuestión o Centros Base de Atención a Personas con Discapacidad más cercanos al solicitante).
2. Presentación de la solicitud
3. Reconocimiento y valoración

4. Dictamen Técnico-Facultativo
5. Trámite de Audiencia
6. Obtención de la resolución

Los documentos que le pedirán son los siguientes (varían según la Comunidad Autónoma):

Fotocopia y original del DNI de la persona solicitante o representante legal. En su defecto, el Libro de Familia.

Informes médicos (también psicológicos y sociales si se dispone de ellos). Se pueden solicitar al médico de la Seguridad Social, quien revisará los informes y establecerá si cumplen los requisitos para obtener el certificado.

3. Otras opciones que podría realizar si no se le puede reconocer el grado discapacidad.

Esta otra opción es la posibilidad de reconocerlo como trabajador especialmente sensible, regulado en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales donde establece que un trabajador “especialmente sensible” es aquél que, por sus características personales o su estado biológico conocido, incluido el que tenga reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sea más vulnerable a los riesgos derivados de su trabajo.

Para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos la sensación y amenaza de peligro es mayor que la que padece un trabajador ordinario, por lo que el riesgo va a tener una incidencia distinta en función de las circunstancias individuales de la persona en cuestión. En este sentido, la especial sensibilidad que puede mostrar un trabajador a determinados riesgos laborales deriva de la concurrencia de una serie de circunstancias subjetivas que afectan a sus circunstancias personales o estado biológico. La vulnerabilidad laboral se debe a que determinados riesgos pueden incidir sobre algunos/as trabajadores/as concretos, y no por el desarrollo en un puesto concreto de trabajo, que con carácter general afecta por igual a todos los/as trabajadores/as.

Podríamos decir entonces que existen dos tipos de trabajadores especialmente sensibles:

Aquellos que presentan patologías físicas, psíquicas o cualquier otra afectación o deficiencia en el estado de salud que, aunque no generan incapacidad laboral o discapacidad, puedan agravarse por las condiciones de trabajo y/o le impidan al trabajador dar respuesta a las exigencias psicofísicas del puesto.

Aquellos con discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida (igual o superior a un 33%), pero que esté relacionada con los factores de riesgo existentes en el puesto de trabajo, ya que si no lo están podrá seguir desarrollando su trabajo sin ningún tipo de problema.

Aquí nos encontramos en el primer supuesto debido a que la discapacidad no se le podrá ser reconocida por lo expuesto en la pregunta anterior.

Para reconocer a un trabajador como especialmente sensible se deberá de realizar mediante el *estudio y valoración por parte del Servicio de Vigilancia de la Salud El*

Servicio de Vigilancia de la Salud estudiará el historial médico del trabajador, así como la información que éste aporte, llevará a cabo las pruebas médicas que necesite y determinará si existen evidencias de especial sensibilidad y lo comunicará al Servicio de Prevención. Como resultado de este estudio se emitirá un certificado médico de aptitud, que se comunicará a la dirección de empresa y al Servicio de Prevención. Dicho certificado podrá declarar si el/la trabajador/a es:

- Apto para el puesto de trabajo: cuando al valorar al trabajador se determine que no hay impedimento para el desarrollo de todas las tareas de su puesto de trabajo.
- Apto con restricciones: cuando el trabajador es especialmente sensible a un riesgo o tarea accesoria de su puesto de trabajo, pero puede desarrollar las tareas principales del mismo.
- No apto: cuando el trabajador es especialmente sensible a un riesgo de su puesto de trabajo, por lo que no es posible la exposición a dicho riesgo y, tampoco es posible la adaptación del puesto sin que la continuación en el mismo suponga efectos nocivos o ponga en peligro la seguridad o salud del trabajador o de terceros.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

La consecución de una respuesta normativa adecuada desde la ética de la salud pública que sea respetuosa de los derechos de las personas con VIH afectadas por el SARS-Cov-2 se complica porque, desde un punto de vista biológico, el virus no discrimina entre las personas a quien infecta pero no debe olvidarse que existen una serie de determinantes sociales de la salud que sí modifican el impacto que el SARS-Cov-2 tiene sobre las personas, en especial aquellas que están en una situación de vulnerabilidad porque no pueden ejercer plenamente su autonomía de la voluntad, porque están expuestas a mayores riesgos o porque sufren un reparto inequitativo de las cargas y los beneficios durante la pandemia. La búsqueda de una respuesta normativa adecuada desde la ética de la salud pública obliga a hacer un esfuerzo de reflexión sobre el impacto que puede producirse en los derechos y libertades de las personas afectadas por el SARS-Cov-2 o por el VIH pues los poderes públicos y sus agentes van a intervenir en la vida social, económica, política y cultural con medidas que pueden limitar o suspender su libertad, autonomía o intimidad y privacidad. El impacto puede ser de tal magnitud que en determinadas ocasiones estas medidas, que en algunas ocasiones han llegado a ser calificadas como paternalistas, afectan el contenido esencial de los derechos y las libertades, poniéndolos en peligro más allá de lo que es necesario en una sociedad democrática, o llegan a constituir un trato diferenciado que es discriminatorio por falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De igual modo, estas condiciones de salud ponen en tensión la eficacia horizontal de los derechos porque los particulares también pueden afectar negativamente los derechos y las libertades de las personas afectadas por

el SARS-Cov-2 o el VIH, alimentando el ostracismo social y el estigma hacia ellas, lo que deviene en comportamientos discriminatorios por razón de la condición de salud. Así ocurre, por ejemplo, cuando a las personas con VIH se les deniega el acceso a un servicio que es ofertado al resto de personas con la justificación de que existe un riesgo de transmisión o se les coloca en el último puesto de la lista de espera con la justificación de que es preciso hacer una limpieza más concienzuda.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es una persona con VIH que tenía programada una operación a las 15:00, estando en ayunas desde las 8:00. No fue atendido hasta las 19:30, siendo por tanto el último en la lista. No fue la primera vez que ocurría, con anterioridad le pasó lo mismo en este hospital.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311
- . Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- . España. Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . Tribunal Constitucional: Sentencia 3/2007, de 15 de enero FJ2
- . Tribunal Constitucional: Sentencia 62/2008, de 26 de mayo FJ6

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

- . Organización Mundial de la Salud: Normas básicas de higiene del entorno en la atención sanitaria.
- . Organización Mundial de la Salud: Prevención de las infecciones nosocomiales.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- . Salud Madrid: Promoción de la calidad de buenas prácticas.

-Ministerio de Sanidad y Política Social: Bloqueo Quirúrgico. Estándares y recomendaciones.

-CESIDA: Informe sobre Discriminación en Aplicación de Protocolos Hospitalarios Internos por razón de VIH.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y depositar su confianza en nosotros para recibir asesoramiento e información legal ya que esto nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

ÍNDICE:

1. Discriminación por razón de salud
2. ¿Hubo proporcionalidad en el trato diferenciado?
3. ¿Cómo puedo actuar antes esta discriminación?
4. Conclusiones

1. Discriminación por razón de salud

La discriminación es una de las violaciones de los derechos humanos más significativas en el campo del VIH. Por discriminación, entendemos que existe un trato diferenciado y desigual hacia una persona o un grupo en diversos ámbitos de la vida social sin existir una causa que lo justifique.

El artículo 14 de nuestra Constitución consagra el principio de igualdad y no discriminación pues establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este artículo reconoce por tanto, el derecho fundamental de la igualdad por lo que de forma implícita también, la prohibición de discriminación.

Atendiendo a su caso, estaría ante un supuesto de **discriminación por razón de salud**. Este supuesto de discriminación, no viene expresamente así indicando en el artículo 14 anteriormente mencionado pero, sí ha de englobarse en el mismo, atendiendo a su cláusula abierta que hace referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Pues, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional STC 62/2008 FJ6 : “(...) Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en

consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

Para comprobar si ha habido discriminación por razón de salud, hemos de atender al protocolo de limpieza.

La limpieza del quirófano es un elemento básico para minimizar y prevenir la infección nosocomial (son infecciones adquiridas durante la estancia en un hospital y que no estaban presentes ni en el período de incubación ni en el momento del ingreso del paciente) en la unidad tanto del paciente, como del equipo quirúrgico y de otras zonas externas al quirófano.

Podemos distinguir tres tipos de limpieza:

- Limpieza del quirófano.
- Limpieza del equipamiento médico.
- Limpieza del textil.

Hay una serie de recomendaciones para cada uno de ellos, por ejemplo, en la limpieza de quirófano, El CDC (*Centre for Disease Control*) recomienda que se realice una limpieza integral del quirófano cada 24 horas, incluso si el quirófano no ha sido usado en ese tiempo.

Pero, ninguna de las normas o recomendaciones internacionales o nacionales hacen distinción alguna en el protocolo de limpieza, ya sea del quirófano o material respecto a si el paciente tiene o no VIH ya que, se sobreentiende que la limpieza llevada a cabo es un elemento básico y ha de ser realizado conforme a las recomendaciones y de la mejor forma posible independientemente del paciente.

El Protocolo para la Identificación de Discriminación contra las Personas que viven con VIH, de ONUSIDA (2001) establece que, se entiende por discriminación “*cualquier medida que acarree una distinción arbitraria por razón de su estado de salud o su estado serológico respecto al VIH, confirmado o sospechado*”. Excepto cuando se justifique en cuanto a propósito, proporcionalidad y efectos. En este sentido, el TC (Tribunal Constitucional) en la STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 2 establece que : “(...) el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas (...)”

2. ¿Hubo proporcionalidad en el trato diferenciado?

No, partiendo de la base de que, conforme al Informe sobre Discriminación en aplicación de Protocolos Hospitalarios Internos por razón de VIH no cabe esa justificación de ese trato diferenciado por los siguientes motivos:

PRIMERO: La medida de “dejar al paciente con VIH en último lugar con la excusa de ser medidas de sanidad y seguridad exigidas dentro de los protocolos hospitalarios internos” es **INADECUADO** ya que para disminuir los riesgos de posible transmisión de cualquier enfermedad basta con la adecuada utilización del material.

SEGUNDO: La medida supone una discriminación injustificada para las personas que viven con VIH y además, no se cumplen las medidas de prevención universal que deben adoptarse en los quirófanos .

3. ¿Cómo puedo actuar antes esta discriminación?

Servicio de atención al paciente

El servicio de atención al paciente (SAP) son los responsables de atender a los usuarios de los servicios sanitarios, velando por el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, y orientándoles en todo lo que necesiten. Le recomendamos que presente una ante el SAP del hospital correspondiente. Deberá dejar constancia en la misma las horas de espera innecesarias, la discriminación sufrida por el hospital, etc.

No olvide incluir el nombre y apellidos y su número de tarjeta sanitaria (SIP), ya que no se tramitarán anónimos. También un domicilio a efectos de notificación, un teléfono y mail de contacto.

Todas las quejas deberán ser tramitadas y no podrán quedar sin respuesta. La contestación deberá notificarse a la persona interesada en un plazo no superior a un mes desde que la queja tuvo entrada en el registro del órgano competente de su resolución. Ha de usted saber que las quejas no impiden hacer reclamaciones por la vía administrativa ya que, responda lo que responda la administración a la queja, no tendrá la consideración de recurso administrativo, por ello, si usted desea sí podrá abrir desde cero un procedimiento administrativo por la vulneración del artículo 14 CE.

Inicio de un procedimiento administrativo

Cuando el procedimiento se inicia a instancias de algún ciudadano, será necesario que este presente un escrito haciendo esa petición, dicho escrito se denomina "solicitud" (artículo 66 LAPACAP). No es necesario que el ciudadano pida de manera expresa que la Administración inicie un procedimiento pero, sí será necesario que el interesado solicite de la Administración que se dicte un concreto acto, realice una concreta petición; Entre las peticiones ya puede figurar una indemnización moral por la discriminación causada, cursos de formación de los profesionales sanitarios para este tipo de actuaciones etc. Este procedimiento deberá iniciarse con motivo de la vulneración del artículo 14 CE.

Asistencia jurídica gratuita

Las dos vías analizadas hasta ahora son administrativas por lo que no será necesario contar con los servicios profesionales de un/a abogado/a. Si usted decidiera interponer un recurso contencioso administrativo, una vez que la Administración responda a su recurso, necesitará de un abogado, para ello podrá usted disponer de la asistencia jurídica gratuita.

La asistencia jurídica gratuita proporciona los medios para que puedas defender tus derechos ante la Justicia si no dispones de recursos económicos para litigar, o independientemente de tu situación económica, si los procesos en los que necesitas defensa o tus circunstancias personales así lo determinan. Se le podrá asignar un abogado o abogada del turno de oficio, que, son los encargados de prestar la asistencia que demandan los ciudadanos/as que solicitan asistencia jurídica gratuita y la que resulta necesaria, a fin de garantizar el derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

¿Cómo se debe solicitar?

Ha de presentar un impreso de solicitud indicando de forma clara en el apartado de “objeto y pretensión” el tipo de procedimiento que desee iniciar y los datos de la parte contraria. Esta solicitud se ha de presentarse ante el servicio de orientación jurídica del Colegio de Abogados de su domicilio.

4. Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, le recomendamos que ponga una queja ante las unidades de atención al paciente y, posteriormente, solo si usted lo desea, iniciar el procedimiento de la vulneración del artículo 14 CE.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad.

Clínica Legal de la UAH.

Tanto en el caso del VIH como del SARS-Cov-2 ha habido una respuesta normativa que puede afectar a los derechos de las personas infectadas. No estamos, pues, ante un problema meramente biológico, que sólo requiere una respuesta científico-médica, sino ante uno que exige una respuesta normativa en la que la Ética y el Derecho van a jugar un papel clave para controlar el VIH o el SARS-Cov-2 de una forma rápida y justa. La ética de la salud pública exige que deba respetarse la igualdad dignidad de todas las personas afectadas tanto por el VIH como por el SARS-Cov-2 para que puedan disfrutar sus derechos y libertades sin más limitaciones y sin más tratos diferenciados que los estrictamente necesarios. Debe evitarse que sean discriminadas por la aplicación de las normas jurídicas. Si bien en algunas ocasiones la limitación o el trato diferenciado pueden llegar a estar justificados, será necesario hacer una valoración individualizada de una y otro ajustándoles a los conocimientos científicos que se dispongan en cada momento. Las limitaciones de derechos y los tratos diferenciados hacia las personas afectadas estarán justificados en tanto en cuanto exista una evidencia científica que

respalde su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Este es el caso (CESIDA-2021-21) del personal sanitario con VIH que realiza procedimientos invasivos, pues se les puede exigir un control más exhaustivo de la carga viral ya que su idoneidad para el trabajo va a depender de ello. La respuesta deberá ser diferente si la persona con VIH no realiza procedimientos invasivos o simplemente va a realizar el MIR (UAH-2021-12).

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es un hombre y trabaja como personal sanitario, concretamente como cirujano y se dedica principalmente a realizar procedimientos de máximo riesgo. Ha dado recientemente positivo en VIH y aun no tiene controlado su estado serológico porque no ha iniciado el tratamiento. Acude a la clínica porque no sabe si con su estado serológico va a tener problemas con la continuidad de su trabajo porque dice que trabaja como interino, pregunta también si le pueden despedir. Además, quiere saber que si en el caso de que le redujeran la jornada por riesgo tendría derecho a algún tipo de incapacidad para compensar la reducción de su sueldo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . España Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311: Art. 14 (igualdad); Art. 18 (derecho a la intimidad).
- . España. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: art. 14 (derechos individuales).
- . España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: capítulo XI (Incapacidad Permanente Contributiva).
- . España. Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: artículo 19 (deberes de los profesionales sanitarios).
- . España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias: artículo 4 (prevención de enfermedades como principio).
- . España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: art. 22 (sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores).
- . España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: art. 1 (protección civil del derecho a la intimidad).
- . España. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario,

estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público: Anexo - primero (Eliminar el VIH de las causas de exclusiones médicas para el acceso al empleo público).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 196/2004 de 15 noviembre:

Resumen de los hechos: Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora (agente administrativa) de la empresa Iberia, LAE, SA. Por la extinción de la relación laboral adoptada por la empresa tras el examen médico en el que no se informó a la trabajadora del objeto del análisis, de ser informada no habría aceptado que la realizasen el mismo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Sexto.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. España. Ministerio de sanidad consumo y bienestar. Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, virus de la hepatitis b (VHB) y virus de la hepatitis c (VHC) 2ª edición Marzo 1998

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Inglaterra. UK Advisory Panel for Healthcare Workers Infected with Bloodborne Viruses (UKAP), 2020. “*Integrated guidance on health clearance of healthcare workers and the management of healthcare workers living with bloodborne viruses (hepatitis B, hepatitis C and HIV)*”: Chapter 2: exposure prone procedures (EPPs); Chapter 7: OH monitoring of HCWs living with BBVs

-. España. Gobierno de la Rioja. “Cambio de puesto” (2021) <https://www.larioja.org/prevencion-riesgos/es/cambio-puesto>

-. M P Asmat et al. Protocolo de actuación preventiva para personal sanitario infectado con VIH, VHB o VHC en el ambito hospitalariol. Rev Asoc Esp Espec Med Trab 2018; 27: 81-93

Respuesta fundamentada

Antes de nada, queremos agradecerle el haber acudido a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para asesorarle en su caso. Procuraremos aclararle la situación legal en la que se encuentra y resolverle todas las dudas que tenga.

ÍNDICE

1. Derechos de las personas con VIH.
2. Notificación del cambio en la salud.
3. Cambio del puesto de trabajo y controles posteriores sobre la salud.
4. Declaración de incapacidad.

1. Derechos de las personas con VIH.

En primer lugar, el hecho de tener VIH no va a dar lugar a que se le pueda estigmatizar o despreciar en su lugar de trabajo. Gracias a los avances de la ciencia y de la técnica hoy en día existen tratamientos que reducen la carga viral a niveles indetectables, y ello se traduce en que las personas VIH positivo no tienen ninguna limitación para el desempeño de sus funciones en cualquier puesto de trabajo.

La Constitución Española reconoce a todos los ciudadanos numerosos derechos fundamentales, entre ellos nos encontramos ante el derecho de igualdad y no discriminación, en su caso ello se traduce en que a pesar de su estado serológico no hay motivos para que se le pueda tratar de una manera diferente.

Es cierto que en España es posible un trato diferenciado entre personas, sin embargo, los tribunales han establecido que para ello deben existir justas causas explicadas detalladamente caso por caso, para que cualquier tipo de trato diferenciado tenga un objetivo tan importante que lo justifique. Además, ese trato deberá ser adecuado para la consecución del objetivo que se persigue, es decir, debe ser la medida menos lesiva de otros derechos. Finalmente, también debe ser necesaria, es decir, que si no se lleva a cabo ese trato existiría un perjuicio aún mayor; y proporcional, lo cual significa que debe analizarse todos los beneficios y perjuicios que habría si se aplicara dicho trato.

Por otro lado, la Constitución también reconoce el derecho a la intimidad que a su vez se recoge en otras normas que desarrollan los preceptos constitucionales. Este derecho lo que protege es la esfera personal de cada persona, se trataría un ámbito de la vida privada de cada uno al que no se puede acceder, salvo por causas muy justificadas.

Específicamente en su caso, usted debe saber que no tiene que facilitarle información sobre su salud a nadie si no quiere, por ello ni sus amigos ni compañeros de trabajo tienen por qué saber que usted es positivo en VIH ni ninguna otra información relacionada con su estado de salud. Es una información que forma parte de su esfera personal.

2. Notificación del cambio en la salud.

Especial relación con el derecho a la intimidad tiene la notificación de su estado de salud a sus superiores o al servicio de prevención de riesgos laborales. Normalmente el servicio de medicina preventiva o de riesgos laborales no tienen que saber el estado concreto de salud del trabajador, sin embargo, la regulación laboral de este aspecto abre la posibilidad de que se tenga que comunicar concretamente algunos aspectos de la

salud del trabajador, esto se debe a que es una información esencial para dicho servicio del que debe disponer para poder prevenir determinadas situaciones de riesgos y saber cómo actuar ante ellas.

En el caso del VIH sabemos que cuando la carga viral es indetectable porque la persona está con el tratamiento antirretroviral, la posibilidad de transmisión se reduce tanto que hace que esa persona pueda llevar una vida completamente normal. El problema que puede existir es que se debe seguir en tratamiento para mantener esa carga, porque en caso contrario aumentaría y con ello habría riesgo de transmisión. Riesgo que contemplamos en su puesto de trabajo al estar realizando procedimientos invasivos, donde, aunque usted tome las precauciones necesarias, es posible que introduzca las manos en cavidades donde no pueda ver el interior y pueda sufrir un corte o, que accidentalmente se corte o se pinche con los mismos instrumentos con los que trate al paciente.

De ahí que en su caso lo que debe hacer es notificar a medicina preventiva de este cambio concreto en su salud, puede hacerlo a través del informe médico que tenga o bien ellos mismos pueden citarle para un reconocimiento médico. En este momento del procedimiento dicho servicio deberá crear una comisión para estudiar su caso. No sabemos si el concreto servicio de prevención de riesgos actuará correctamente, sin embargo, si toman decisiones que le puedan perjudicar debe saber que tiene herramientas para recurrir las mismas.

Desafortunadamente no existe en España una regulación específica del procedimiento a seguir con los profesionales sanitarios con VIH. A pesar de ello no tiene que preocuparse porque su caso quedaría amparado por la regulación general de prevención de riesgos y, con los datos que disponemos actualmente, lo más probable es que pueda continuar su trabajo como lo venía haciendo una vez que siga el tratamiento. En este sentido, aunque no existe una regulación con base legal, el Ministerio de Sanidad ha dictado una serie de recomendaciones para supuestos como el suyo y, aunque no tengan una fuerza vinculante deberán ser tenidas en cuenta por el servicio de prevención de riesgos laborales o la comisión de evaluación que estudie su caso.

3. Cambio del puesto de trabajo y controles posteriores sobre la salud.

Usted nos ha transmitido sus dudas sobre lo que puede pasar con su puesto de trabajo. En primer lugar, por el solo hecho de ser VIH+ no es motivo suficiente para que se extinga el contrato, es más, en el caso de que le despidan por el mero hecho de su estado serológico estaríamos ante un despido nulo, es decir, un despido que no ha tenido validez en ningún momento porque vulnera su derecho a la igualdad del que hemos hablado antes.

En segundo lugar, ha dicho que si le apartan de las operaciones y de las guardias su sueldo se vería notablemente reducido. En este sentido como usted probablemente sabrá las posibilidades de que haya lugar a transmisión del virus son notablemente remotas. En las recomendaciones del Ministerio de Sanidad que hemos comentado antes, se defiende que no hay evidencias de que una persona con VIH que realice

procedimientos invasores, como es su caso, deba ser apartada de su trabajo por su condición de salud.

Si consultamos los datos disponibles hasta el momento podremos ver que apenas existen casos documentados de transmisión del VIH de profesionales sanitarios a pacientes y los casos que han existido han tenido lugar durante los primeros años donde había una gran desinformación y falta de investigación en relación con el virus. Hay países como Inglaterra que tras someter a medidas concretas para la prevención a sus profesionales sanitarios no se han encontrado con ningún caso de transmisión durante poco menos de una década.

A pesar de ello, aunque afirmemos que ese riesgo potencial existe lo cierto es que lo hace únicamente antes de que la presencia del virus se haga indetectable, es decir, una vez iniciado el tratamiento antirretroviral y alcanzados los niveles requeridos para que la carga sea mínima, el potencial riesgo del que hemos hablado dejaría de existir y, por tanto, no habría justificación para apartarle de las operaciones y guardias que venía realizando.

En su puesto de trabajo, aunque ya hemos comentado que es muy difícil que haya lugar a una transmisión, es importante realizar un seguimiento cuidadoso de su estado de salud. Posiblemente desde su propio centro de salud le harán un seguimiento periódico, aunque en su trabajo el servicio de prevención de riesgos laborales también le deberá someter a unos reconocimientos periódicos, para asegurar que tiene los niveles de carga adecuados para prevenir la transmisión.

Por otro lado, desgraciadamente es cierto que hoy en día existe un posible abuso en los contratos de interinidad y se encadenen contratos contribuyendo a la inestabilidad del personal sanitario. Sin embargo, usted no debe tener dudas de que el hecho de ser VIH positivo no es una causa de justificación para no renovar el contrato, en cualquiera de sus modalidades (interinidad, indefinido, etc.), o denegarle un puesto o incluso un ascenso por dicha causa. En definitiva, si usted considera que es perjudicado en su relación laboral por el hecho de su condición seropositiva no tenga dudas en que se encuentra ante decisiones nulas y, por tanto, impugnables.

Si se diera el caso de que usted se encuentre en esta situación le aconsejamos que acuda a un abogado laboralista que le asesorará sobre el procedimiento a seguir. En todo caso, antes incluso de acudir a éste le recomendamos que interponga una denuncia ante la inspección de trabajo que se ocupará de su caso, para ello le dejamos el siguiente enlace donde encontrará más información:
https://www.mites.gob.es/its/web/atencion_al_ciudadano/COMO_DENUNCIAR_ITSS.html

4. Declaración de incapacidad.

Finalmente, en su consulta nos plantea la pregunta de que en el caso de ver reducida su jornada laboral si tendría derecho al reconocimiento de una incapacidad permanente parcial. Para que se reconozca una incapacidad permanente parcial es necesario que el equipo de valoración de la Seguridad Social le declare una incapacidad de al menos el 33%. En ese caso conservaría su puesto, aunque se verían reducidas sus funciones y,

probablemente también su jornada laboral y, por tanto, las funciones de las que se le apartaría serían cubiertas por una prestación por parte de la seguridad social.

En su caso, no consideramos que tendría derecho a dicha incapacidad porque tal y como le hemos explicado, si se somete al tratamiento antirretroviral su capacidad no se vería disminuida, por lo que, a no ser que se tengan en cuenta otras circunstancias más específicas y personales, lo más probable es que la comisión de evaluación desestime la solicitud si se fundamentara solamente en su estado serológico.

Lo que es posible, si lo estima conveniente su médico de cabecera, es que se le conceda una incapacidad temporal (se le dé de baja temporal) hasta que se tome una decisión en relación con su caso.

Puede encontrar más información sobre la incapacidad permanente parcial en el siguiente enlace:

<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10960/28750/28680/35615>

Le queremos agradecer nuevamente la confianza que ha depositado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y esperamos haberle resuelto las principales dudas que se le han planteado. En todo caso, si aun tuviera alguna pregunta o si le surgieran a partir de la información que le hemos facilitado no dude en ponerse nuevamente en contacto con nosotros.

En el caso de que la persona con VIH vaya a presentarse al MIR la respuesta debe ser diferente pues sus preocupaciones son diferentes.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

Usuario médico se va a presentar a la convocatoria MIR. Informa que, después de hacer el examen y escoger plaza en el Hospital, se le realizará un reconocimiento médico en el que se incluyen analíticas. Se pregunta lo siguiente:

1. Si debe indicar previamente al chequeo que es VIH+.
2. Si debe notificar a alguien del personal del hospital que es VIH+.
3. Si por ser VIH+ debe hacer algo, en términos legales, durante la Residencia.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

- ¿Qué labores le gustaría desempeñar?

- En relación con la pregunta anterior, ¿Se le ha informado qué se estudia en la analítica?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Artículo 18.1 (se garantiza el derecho a la intimidad personal), artículo 40.2 (los poderes públicos fomentarán una política que garantice la seguridad e higiene en el trabajo), artículo 43.1 (se reconoce el derecho a la protección de la salud) y artículo 43.2 (los poderes públicos organizarán y tutelarán la salud pública a través de medidas preventivas y servicios necesarios, la ley establecerá los derechos y deberes al respecto). Disponible:

[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

- 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. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255. Artículo 4.2 e) (el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad) y d) (el trabajador tiene derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales), artículo 19.1 (el trabajador tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo) y 19.2 (el trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo). Disponible:

<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 2011, núm. 240. Artículo 21.1 (sólo se podrán realizar reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral cuando así lo disponga la normativa vigente), artículo 33.1 c) (la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral comprenderá el desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de riesgos laborales) y 33.2 e) (la autoridad sanitaria autorizará, evaluará, controlará, y asesorará la actividad sanitaria de los servicios de prevención de riesgos laborales). Disponible:

<https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/04/33/con>

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Boletín Oficial del Estado, 22 de noviembre de 2003, núm. 280. Artículo 41 (se encuentran obligados a mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión). Disponible:

<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/21/44/con>

- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Boletín Oficial del Estado, 17 de diciembre de 2003, núm. 301. Artículo 17.1 d) (derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Disponible:

<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/16/55/con>

-. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, de 10 de noviembre de 1995, núm. 269. Artículo 14.1 (los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo), artículo 14.2 (el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, realizará la prevención de riesgos laborales integrando las medidas preventivas que sean necesarias y con su debida diligencia), artículo 22 (el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud con previo consentimiento del trabajador salvo excepciones), artículo 22.2 (las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda información relacionada con su estado de salud), 22.4 (los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador), 22.6 (las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada), artículo 25.1 (el empresario garantizará de manera específica la protección de los datos de los trabajadores). Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 21 de diciembre de 2004, núm. 306. Fundamento Jurídico 6. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5201>

-. Tribunal Superior de Justicia, Sala de los Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 452/2019 de 21 de enero de 2019. Fundamento de Derecho 5.2.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Ministerio de Sanidad, consumo y bienestar social. Gobierno de España (marzo, 1998). Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC) 2ª edición.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Ramiro Avilés, Miguel A. y Salas Muñoz, Irene (2013). El VIH y las profesiones sanitarias: la transmisión iatrogénica del VIH. CESIDA, Coordinadora estatal de VIH y SIDA.

Queremos destacar que en 2021 también se han recibido consultas donde puede observarse el mantenimiento de actitudes serofóbicas y homofóbicas hacia las personas

con VIH y la preocupación de éstas por saber si tienen la obligación de revelar su estado serológico a terceras personas. En estas consultas se observa cómo se hacen patentes las barreras actitudinales hacia las personas con VIH y cómo se ve afectado sus derechos al honor y a la intimidad personal. En esta primera consulta que destacamos, el posible uso de una red social para atentar contra el honor y la intimidad de la persona con VIH abre un nuevo escenario con nuevos derechos, como podría ser el derecho al olvido.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario nos comenta que hace un tiempo le desveló su estado serológico a su pareja, esta en un principio, dijo que no se preocupase y que le apoyaría. Posteriormente, le amenazó con desvelárselo a su familia, cosa que posteriormente hizo. La madre de su expareja, le agredió verbalmente y amenazó con difundir su estado serológico en Facebook.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

-. Estimado usuario, para poder darle correcta respuesta a su consulta necesitaríamos más información de los hechos. Entre ellos necesitaríamos saber:

-Si el grupo de Facebook se llegó a crear y que tipo de información se divulgó por el mismo.

-Necesitaríamos el texto de la denuncia y la situación actual del abogado, es decir, si ya le han asignado uno o no.

-Por último, necesitamos que nos comenté con exactitud que tipo de información se divulgó si es que ello ha pasado o si alguna de las amenazas se llevó a cabo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-.Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

-. España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- España. Sentencia Tribunal Constitucional 134/1999 de 15 de julio.

- España. Sentencia Tribunal Constitucional 70/2009 de 23 de marzo.

- España. Sentencia Tribunal Supremo 528/2011 de 6 de junio.

- España. Sentencia Audiencia Provincial 325/2016 de 19 de octubre.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

- ONUSIDA. Guidelines on Protecting the Confidentiality and Security of HIV Information.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- CESIDA. Informe VIH y privacidad.

- CESIDA/GTT-VIH. VIH, discriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y depositar su confianza en nosotros para recibir asesoramiento e información legal ya que esto nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

Abordando el caso, el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE) garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este artículo está íntimamente ligado a la idea de dignidad humana.

Uniéndolo a la garantía de este artículo con el tema a tratar, la divulgación del estado serológico, el Tribunal Constitucional en la STC 134/1999 FJ5 establece que “el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de

terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”

Este derecho, está desarrollado normativamente por la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen.

Esta Ley Orgánica establece en su artículo 7, cuales son las intromisiones ilegítimas de este derecho y entre ellas, menciona: “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre”.

El estado de salud forma parte de la intimidad personal y por tanto, las personas con VIH pueden ejercer un control activo, es decir, podrán decidir a quién, cómo y con qué límites revelar la información de su estado serológico.

¿Cómo se ve afectado el derecho al honor? Dentro de los delitos contra el honor, está el delito de injuria, que consiste en la imputación de hechos o manifestaciones de opiniones que atentan contra la dignidad de una persona, afectando a su fama, honor o propia estimación. Éstas se pueden llevar a cabo de forma verbal, por escrito o forma gráfica. Con las injurias se perjudica a la persona, pues se le causan daños morales dado que atenta contra su propia reputación.

¿Las amenazas recibidas entran dentro del tipo penal?

El artículo 169 CP considera, entre otras circunstancias, que un sujeto es reo de delito de amenazas cuando amenazare a otro con un mal que constituya delitos contra la intimidad y el honor en su caso, pues teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, la divulgación de su estado serológico constituye un delito contra el artículo 18.1CE.

¿Están las injurias penadas por el CP?

El artículo 208 del Código Penal recoge el delito de injurias, del mismo podemos extraer que, solamente la injuria tendrá consideración de delitos si esta fuese considerada grave pues el resto de injurias leves no serán consideradas delito, pero sí se podrán reclamar su indemnización por la vía civil.

¿Qué entenderíamos por injurias graves? En caso de que su estado serológico se hubiera difundido a través de Facebook, sí serían responsables de delito de injurias conforme a los artículos 209 y 211 del CP, pues al haber utilizado una red social, se produce un mayor daño del que se hubiera producido en caso de hacerlo de forma privada.

Por otro lado, en los casos en los que una persona con VIH es atacada a través de las redes sociales, publicándose datos de carácter personal de la misma, además de la denuncia penal, podrá adoptar las siguientes medidas:

- Acudir a la Agencia Española de Protección de Datos para denunciar el hecho.
- Ponerse en contacto con el responsable del fichero (en este caso de Facebook) mediante carta certificada, correo electrónico con acuse de recibo o burofax para exponer los hechos ocurridos y la vulneración a su derecho a la privacidad, lo cual será documentado, por ejemplo, con capturas de pantalla.

- Solicitar que lleven a cabo la cancelación de los datos que han sido tratados inadecuada o ilícitamente de acuerdo con la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales.

En este sentido, se ha mencionado también, el derecho a la supresión de los datos personales, comúnmente conocido como derecho al olvido. Consiste en el derecho de un usuario al borrado de sus datos personales en el entorno online.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) define el derecho al olvido como el derecho que cualquier persona tiene para solicitar la supresión de sus datos personales en los buscadores de internet.

- Solicitar una indemnización de daños y perjuicios en virtud de lo establecido en La Ley Orgánica 1/1982.

Para finalizar, hemos de abordar una última cuestión, **¿Las personas con VIH tienen la obligación legal de revelar a sus parejas sexuales su condición de salud?**

En España, las personas con VIH, por garantía a su derecho a la intimidad, no tienen la obligación legal de revelar a sus parejas sexuales, ya sean, estables o esporádicas su condición de salud ya que, la simple puesta en peligro no se considera delito ni falta administrativa. Pero, el derecho a la intimidad conlleva unos deberes y responsabilidades en el caso de que se produzca una situación de riesgo de transmisión, especialmente cuando la carga viral no está suprimida y se produce una rotura de preservativo. En estos casos, las personas con VIH tiene la obligación de comunicar su estado serológico para que se puedan tomarse las medidas profilácticas post exposición que eviten dañar a la otra persona. Ello queda así reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo 528/2011.

Por otro lado, en España, solo se castiga penalmente la transmisión del VIH a otra persona que previamente no ha sido informada y que por tanto, no ha podido consentir a esa puesta en peligro. También, se pueden castigar conductas sexuales realizadas con intención manifiesta de transmitir el VIH, aunque la misma no haya llegado a producirse.(Artículos 149 y 152 CP).

La interposición de la querrela penal necesitará de un abogado. Si usted no conoce a un abogado de confianza, podrá solicitar uno en el Turno de oficio del Colegio de Abogados más próximo a su lugar de residencia. De igual modo, usted podrá solicitar la asistencia jurídica gratuita, que proporciona los medios para que puedas defender tus derechos ante la Justicia si no dispones de recursos económicos para litigar, o independientemente de tu situación económica, si los procesos en los que necesitas defensa o tus circunstancias personales así lo determinan. Por tanto, se le asignará un abogado o abogada del turno de oficio, que, son los encargados de prestar la asistencia que demandan los ciudadanos/as que solicitan asistencia jurídica gratuita y la que resulta necesaria, a fin de garantizar el derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Queremos destacar esta consulta porque la afectación del derecho al honor se produce en el ámbito sanitario. Como ha venido advirtiendo ONUSIDA en documentos específicos sobre la discriminación de las personas con VIH en el ámbito sanitario, perviven entre los profesionales sanitarios actitudes y creencias erróneas sobre las personas infectadas con el virus o que están en riesgo de infectarse. Una de ellas es sobre la promiscuidad de los hombres que tienen sexo con hombres, negando la posibilidad de que tengan una relación monógama. Sobre esa creencia errónea se construye un estereotipo negativo que dará lugar a un trato discriminatorio.

Resumen de la Consulta

-. Usuario que, al solicitar a su médico una prueba del VIH, es llamado “promiscuo” por ser homosexual, desea saber cómo proceder para hacer valer su derecho al honor.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española de 1978: artículo 18 (sobre el derecho al honor) y art. 119 (sobre la gratuidad de la justicia).
- . Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen: artículo 7 (sobre los actos que suponen una vulneración al derecho al honor), artículo 9 (sobre la protección judicial del derecho al honor).
- . Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: artículo 205 (sobre las calumnias) y artículo 208 (sobre las injurias).
- . Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita: artículo 13 (requisitos para realizar la solicitud de asistencia jurídica gratuita).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . STC, de 3 de julio, RJ 216/2006 (sobre el concepto del derecho al honor).
- . SAP Málaga, de 15 de abril, RJ 4417/1999 (sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para tener derecho a la prestación).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-.. Código Deontológico del Colegio de Médico de Burgos: artículo 5 (sobre los principios generales del ejercicio de la profesión de médico) y artículo 8 (sobre la relación entre médico y paciente).

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas y esperamos que tras la lectura queden resueltas.

La primera vía de actuación que le recomendamos es poner una reclamación de carácter administrativo en el centro de salud u hospital donde le atendiesen. El objetivo de esto es la apertura de un expediente informativo contra el médico que no le trató adecuadamente.

Para hacerlo usted tiene dos vías: solicitar una hoja de reclamaciones en el propio centro de salud/hospital o presentar la solicitud *online*. En dicha reclamación usted deberá explicar los hechos ocurridos de forma breve y concisa, aportando los documentos que considere oportuno (citas, pruebas, etc.). Para presentar la reclamación *online*, al ser usted residente en Castilla y León, debe acudir al siguiente enlace: <https://reclamacionesysugerencias.saludcastillayleon.es/REUS/>. El centro está obligado a responder a su reclamación, y el plazo de respuesta de la misma es de 30 días hábiles desde la presentación de la misma.

En caso de que usted no quede conforme con la atención recibida durante el proceso de reclamación, es posible acudir al Servicio de Atención al Paciente del Ministerio de Sanidad y presentar allí otra reclamación (diferente a la primera). El Servicio de Atención al Paciente se encarga de informar y asesorar al paciente sobre sus derechos, así como de atenderle en caso de que este quiera reclamar por algún problema que le haya surgido al ser atendido en un centro de salud/hospital. Es importante señalar que las reclamaciones ante el SAP no son recursos administrativos sino meras quejas ante el Servicio que serán resueltas por el mismo organismo. El enlace con toda la información sobre dicho servicio es el siguiente: <https://www.msccbs.gob.es/oficinaInformacion/home.htm>.

Las reclamaciones a las que le acabamos de hacer referencia son de tipo administrativo. Estas reclamaciones sirven para que la Administración, y no los Tribunales, revise sus propias actuaciones cuando estas hayan podido lesionar a alguien en sus derechos. Por otro lado, encontramos las reclamaciones de tipo civil, penal, contencioso-administrativo, etc., de las cuales vamos a hablar a continuación, en las que sí son los Tribunales los que se encargan de revisar si las actuaciones llevadas a cabo han sido correctas o no, legalmente hablando.

Entando ya a explicar la vía civil, hemos de comenzar explicando qué es el derecho al honor. El art. 18 de nuestra Constitución garantiza “*el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. Sin embargo, la CE no define en qué consiste

el derecho al honor. Debido a esto, debemos acudir a la jurisprudencia, en la que se establece que *“el derecho al honor protege a su titular frente a atentados en su reputación personal, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquélla”* (STC 216/2006, de 3 de julio).

Una vez definido el concepto, hemos de señalar que la norma que regula la protección de este derecho en el ámbito civil es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Dicha LO, en su art. 7.7, establece que *“la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”* supone una vulneración del derecho al honor.

El art. 9 de la LO establece el método a seguir para obtener la protección judicial del derecho al honor. Las medidas a solicitar son las siguientes:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Aquellas destinadas a prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

El plazo para solicitar la protección judicial es de 4 años desde que es posible ejercitar la acción (en su caso, desde que el médico profirió las afirmaciones que dañaron su honor). Para solicitarla, debe presentar la correspondiente demanda civil ante el Juzgado de Primera Instancia que le corresponda por su domicilio. Para todo el procedimiento es necesario contar con la asistencia de abogado y procurador (más adelante le explicaremos en qué consisten la asistencia jurídica gratuita y el turno de oficio y los requisitos de ambos).

En el ámbito penal, el derecho al honor se vulnera mediante los tipos delictivos de injurias (art. 208 CP) y de calumnias (art. 205 CP). Sin embargo, no parece que en este supuesto sea posible acudir a la vía penal debido a que es necesario que las afirmaciones que atenten contra el honor sean graves, por lo que no recomendamos acudir a esta vía.

Dejando a un lado la vía judicial, hemos de señalar que el Código Deontológico del Colegio de Médico de Burgos establece, en su art. 5, lo siguiente:

1. *La profesión médica está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico.*

2. *El médico debe atender con la misma diligencia y solicitud a todos los pacientes, sin discriminación alguna.*

Además, el art. 8.1 del Código establece que “*el médico debe cuidar su actitud, lenguaje, formas, imagen y, en general, su conducta para favorecer la plena confianza del paciente*”. Consideramos que es posible que el médico que le atendió vulnerase ambos preceptos, por lo que es posible que usted presente una reclamación ante el Colegio de Médicos de Burgos. El enlace para presentar la reclamación es el siguiente: http://burgos.vuds-omc.es/ciudadanos_burgos.html.

Por último, debido a que para iniciar la vía judicial expuesta anteriormente necesitará la asistencia y representación de un/a abogado/a y de un/a procurador/a, procedemos a explicarle en qué consiste la asistencia jurídica gratuita, así como el turno de oficio.

El artículo 119 de la Constitución establece la gratuidad de la justicia en aquellos casos en los que la ley lo habilite y, en todo caso, para aquellas personas que no tengan recursos suficientes para litigar. Este derecho ha sido regulado por la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Aquellas personas que puedan acceder a la justicia gratuita tienen, entre otros derechos, la posibilidad de contar con un/a abogado/a de oficio que analice su caso y le defienda en un proceso judicial. La asistencia jurídica gratuita garantiza el acceso a la justicia a aquellas personas que no poseen recursos suficientes para sufragar un litigio, en igualdad con aquellas que sí que tienen esos recursos. Este servicio lo gestiona los Colegios de Abogados. En el turno de oficio se designa un abogado a aquellas personas que lo necesiten, pero solamente será un servicio gratuito en caso de que el usuario acredite no tener recursos económicos suficientes para abordar el litigio, en caso contrario se deberán abonar los honorarios del/la abogado/a, pues son profesionales privadas.

En el artículo 13 de la Ley anteriormente mencionada se establecen los requisitos para realizar la solicitud de asistencia jurídica gratuita. Dicho precepto señala que en la solicitud se deben incluir:

- La prestación solicitada.
- Los documentos que acrediten la situación económica del solicitante y de su familia, así como sus circunstancias familiares.
- Los documentos que acrediten la pretensión que el solicitante quiere hacer valer, así como las contrapartes.
- Si el solicitante no estuviera casado (o estuviera divorciado), deberá declarar que no tiene pareja de hecho en el momento de presentar la solicitud.

Hemos de señalar, también, que el artículo 5.2 de la misma Ley establece la posibilidad de obtener la asistencia jurídica gratuita “*atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante*”. Esto es interesante para aquellas personas que no cumplan con los requisitos antes mencionados y, en su caso, podría resultar de aplicación.

Para solicitar el servicio de asistencia jurídica gratuita, así como el abogado que le corresponda del turno de oficio, deberá acudir al Servicio de Orientación Jurídica (SOJ) de los Colegios de Abogados, donde le prestarán la ayuda necesaria a efectos de formalizar dicha solicitud, indicando los documentos que se han de aportar y dónde se

consiguen. El enlace para solicitar cita previa en el SOJ del Colegio de Abogados de Burgos es el siguiente: <https://icaburgos.com/ciudadanos/cita-previa-servicio-orientacion-juridica/>.

Además de esto nombrarán o denegarán provisionalmente a los profesionales de oficio. También le informarán de los medios de resolución extrajudicial del conflicto, como por ejemplo la mediación. Para acudir al SOJ hay que pedir cita previa con anterioridad. En todo caso, si se diera la situación en la que le denegaran la operación o le impusieran un sobrecoste para la realización de la misma, le aconsejamos que vuelva a acudir a nosotros para que le podamos guiar en el procedimiento a seguir, en concreto, para interponer el burofax.

Le agradecemos la confianza puesta y esperamos que le haya servido de ayuda. Para más información o preguntas al respecto no dude en volver a contactar con nosotros.

Clínica Legal, UAH

Esta consulta es el prototipo de caso de alfabetización legal que llega a la Clínica Legal pues la persona con VIH quiere saber cuales son sus derechos para sentirse empoderada, es decir, quiere saber si es titular de un derecho y qué alcance tiene para poder decidir libremente cual será su curso de actuación.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona pregunta si existe la obligación de contar a sus parejas sexuales su condición VIH y, en su caso, los mecanismos de defensa que tiene a su disposición ante una posible denuncia por no comunicarlo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española

Artículo 18.1. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 53.2. De las garantías y libertades y derechos fundamentales.

-. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 147. De las lesiones.

Artículo 152. De las lesiones imprudentes

Artículo 208. De las injurias

-. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. STC 134/1999, de 15 de julio (F.J. Quinto)

-. STC 70/2009, de 23 de marzo (F.J. Segundo)

- STS 528/2011, de 6 de junio (F. J. Primero)

- STS 1218/2011, de 8 de noviembre (F.J. Primero)

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento legal sobre su situación. Gracias a la confianza depositada vamos a poder mejorar nuestro aprendizaje aplicando nuestros conocimientos a un caso real.

ÍNDICE

- 1. Derecho a la intimidad y revelación de la condición VIH**
- 2. Recorrido de la posible denuncia**
- 3. Revelación de la condición VIH por un tercero**
- 4. Conclusiones**

1. Derecho a la intimidad y revelación de la condición de VIH

En el artículo 18.1 de la Constitución Española se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De acuerdo con este precepto, el derecho a la intimidad personal goza de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

De hecho, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 134/1999 afirma que *“el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”* (F.J. Quinto).

Además, el TC también se ha pronunciado en cuanto al estado de salud, incluyéndolo dentro de las materias que configuran la intimidad personal. En la Sentencia 70/2009 afirma que *“dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el*

conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada” (F.J. Segundo).

Por este motivo, en la actualidad, las personas con VIH no tienen que declarar obligatoriamente su estado de salud a terceras personas con las que mantienen algún tipo de relación, ya sea afectiva, contractual o laboral, salvo en excepciones muy limitadas, como por ejemplo en la contratación de seguros o en la prestación sanitaria de servicios si entre las actividades que va a desempeñar se incluye la realización de procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea que puedan afectar a terceras personas, pues esta información forma parte de la esfera privada de las personas.

2. Recorrido de la posible denuncia

En el caso concreto, usted refiere haber tenido una mala experiencia al contar a su pareja sexual que era VIH positivo, pues cuando este tuvo constancia de ello amenazó con una posible denuncia al consultante.

En la actualidad está demostrado con el estudio PARTNER 2 que cuando una persona con VIH está siguiendo el tratamiento antiretroviral y mantiene la carga viral indetectable, como es su caso, dicha persona no puede transmitir el VIH a su pareja sexual, si esta era VIH negativo, de ahí la frase “indetectable es igual a intransmisible” o “I = I”.

Además, como ya se ha adelantado, una persona con VIH no tiene la obligación legal de comunicar a sus parejas sexuales, con independencia de si estas son esporádicas o estables, dicha condición de salud, ya que la simple puesta en peligro (es decir, la probabilidad o la amenaza de menoscabar un bien jurídico protegido) no está, en principio, considerada como delito ni como falta administrativa. En este punto, conviene resaltar la importancia del tratamiento como prevención puesto que una persona que está en tratamiento, teniendo una carga viral indetectable como es el caso, no podrá transmitir el virus, ni siquiera, aunque se diera una situación de riesgo como puede ser la rotura del preservativo.

El Tribunal Supremo en la Sentencia 528/2011, de 6 de junio, dictaminó que el hecho de mantener relaciones sexuales sin informar a la pareja acerca del estado serológico no constituye delito puesto que nadie está obligado a comunicar a un tercero que tiene dicha condición de salud, ni siquiera cuando ese tercero sea una pareja estable. Ahora bien, habla el Tribunal Supremo de la exigencia de un ejercicio de responsabilidad de la persona que tiene VIH mediante dos acciones:

- Deberá poner todos los medios adecuados para evitar la transmisión.
- En caso de producirse una situación de riesgo deberá comunicar al tercero la condición de VIH a fin de adoptar las medidas adecuadas para evitar la transmisión o, en su caso, asumir el riesgo de infección.

En dicha sentencia el TS afirma lo siguiente:

“Es preciso comenzar sentando que el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente habrá de consistir en el hecho de haber realizado los actos que causalmente provocaron el contagio, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado. Al respecto, tan sólo puede afirmarse "obiter dicta" que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad” (F.J. Primero)

En el caso que nos ocupa, usted pone los medios adecuados para evitar la transmisión puesto que sigue el tratamiento antiretroviral. De otro lado, no existe ninguna situación de riesgo ya que, como se ha comentado, posee una carga viral indetectable, por lo que no existe riesgo de transmisión alguno.

Con todo lo dicho y en el caso de que la persona en cuestión decidiera iniciar un procedimiento penal, ya anticipamos que la denuncia tendría un escaso recorrido. En primer lugar, porque no existe obligación de informar acerca de la condición de VIH; en segundo lugar, porque no se da ninguna situación de riesgo y, en tercer lugar, porque no se produce la transmisión del VIH.

Solo en el supuesto en el que no se comunicara el estado de salud, lo cual impediría a la pareja sexual consentir, y se generase una situación de riesgo de transmisión con la consiguiente transmisión, sí se estaría cometiendo el tipo penal que podría encuadrarse en un delito de lesiones del art. 147 CP si se apreciase dolo o en un delito de lesiones del art. 152 CP si se apreciara una imprudencia grave (STS 1218/2011, F.J. Primero). Pero como ya hemos mencionado, en este caso no se genera ninguna situación de riesgo de transmisión.

3. Revelación de la condición VIH por un tercero

El hecho de que una persona decida comunicar a su pareja sexual esporádica o estable que es VIH positivo, no autoriza a dicha pareja a difundir esta información. Por ello, es importante tener en cuenta los diferentes mecanismos de defensa de los que usted se puede servir si se produjera la revelación indeseada de su estado de salud, ya que se estaría produciendo una intromisión ilegítima en la intimidad de la persona.

Establece el art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se puede optar por el juicio ordinario para tutelar todas aquellas pretensiones relativas al honor, intimidad y propia imagen.

Además, podría solicitarse una indemnización por daños y perjuicios, demostrando que el demandado cometió tal intromisión ilegítima, comprendiendo la indemnización tanto el daño moral y material, atendiendo siempre a las circunstancias del caso, así como la gravedad de la lesión producida, para lo que se tendrá en consideración el nivel de alcance y difusión de dicha intromisión o divulgación.

Además, en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen se prevé que cuando la intromisión en

estos derechos sea constitutiva de delito se estará a lo previsto en el Código Penal. En este caso podríamos estar incluso ante un delito contra el honor de injurias previsto en el art. 208 CP, ya que si su pareja acaba revelando el estado serológico del interesado sería una acción encaminada a lesionar la dignidad de la persona, menoscabando su fama y/o atentando contra su propia estimación.

No obstante, existen dudas sobre la conveniencia de proteger en la vía penal estos derechos, pudiendo retenerse como más idónea para el resarcimiento del titular del derecho invocado la vía civil que ofrece el juicio ordinario.

De otro lado, también cabría destacar que, si la otra parte presenta una demanda sin fundamento, es decir, basándola en una pretensión disparatada e incoherente se podría apreciar temeridad. En la práctica, la temeridad tiene su aplicación en materia de costas, pues conduce a su imposición cuando se aprecia que alguna de las partes procesales se comporta deliberadamente en el curso de un proceso de manera infundada. Y ese comportamiento incoherente, carente de soporte jurídico de la pretensión que se deduce, provoca la imposición de una sanción procesal, que es la condena en costas.

Las costas hacen referencia a los gastos imprescindibles que se deben pagar durante un proceso judicial incluyendo por ejemplo los honorarios de abogados y peritos, derechos del procurador si este fuera necesario, notificaciones judiciales, copias, documentos, etc.

4. Conclusiones

En el art. 18 CE se consagra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, gozando todos ellos de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de la materialización del derecho a la intimidad personal, las personas con VIH no tienen la obligación de declarar su estado de salud a terceras personas con las que mantienen algún tipo de relación, ya sea afectiva, contractual o laboral, salvo en excepciones muy limitadas.

En suma, no existe obligación de comunicar a las parejas sexuales la condición de VIH ya que la simple puesta en peligro no está, en principio, considerada como delito ni como falta administrativa. No obstante, el TS resalta el ejercicio de responsabilidad de las personas con VIH debiendo poner todos los medios adecuados para evitar la transmisión (por ejemplo, con el tratamiento antiretroviral o con el uso de preservativos) y, en caso de producirse una situación de riesgo, se deberá comunicar al tercero la condición de VIH a fin de adoptar las medidas adecuadas para evitar la transmisión o, en su caso, asumir el riesgo de infección.

En el caso concreto, el procedimiento penal tendría un escaso recorrido ya que no existe obligación de informar acerca de la condición de VIH, no se produce ninguna situación de riesgo al tener el interesado carga viral indetectable y, además, no se produce la transmisión.

Finalmente, si una persona con VIH comunica a su pareja tal condición, esta no queda autorizada a difundirlo. Si esto ocurriese, el interesado podría tutelar su derecho a la

intimidad ante los tribunales optando por la vía civil o por la vía penal. No obstante, y como ya se ha comentado, resulta más idónea la vía civil para el resarcimiento del titular del derecho.

Esperamos que esta información le sea de utilidad

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

Por último, queremos destacar las consultas de personas sin VIH pero que están en riesgo de infectarse. Como ya hemos señalado, los determinantes legales de la salud son claves para crear un ecosistema jurídico en el que las personas que lo necesiten puedan acceder a los recursos sanitarios existentes para evitar la infección, ya sea mediante el uso de la profilaxis postexposición o de la profilaxis preexposición. A lo largo de 2021 ha sido una constante la recepción de consultas enviadas por personas que trabajan para la Administración pública, miembros de MUFACE, ISFAS o MUGEJU, que por haber elegido recibir la asistencia sanitaria a través de un proveedor privado tienen problemas de acceso a la PrEP.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

Una persona en calidad de funcionario de MUFACE acude a la Clínica Legal y solicita asistencia sobre si el PrEP entra dentro de la cobertura sanitaria de la Mutualidad y de ser así cómo puede proceder para solicitar la prestación sanitaria ante ésta.

Instrumentos Normativos Utilizados

Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española.
- . Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- . Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- . Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- . Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, por el que se establece la estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE).
- . Real Decreto Legislativo 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
- Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Mutualidad General de funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2022, 2023 y 2024.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- [Acceso a PrEP en MUFACE, ISFAS y MUGEJU - Pacto Social por el VIH \(pactosocialvih.es\)](http://pactosocialvih.es)
- [Plan Nacional sobre el Sida. Ministerio de Sanidad. https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/MA_NUAL_PREP.pdf.](https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/MA_NUAL_PREP.pdf)

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, agradecemos que haya acudido a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus cuestiones. De este modo nos permite mejorar en nuestra formación como estudiantes de Derecho dándonos la oportunidad de manejar situaciones reales.

Para dar respuesta a su consulta nos centraremos en dos cuestiones principales. La primera de ellas, destinada a solucionar sus dudas sobre si puede tener acceso el PrEP a través de MUFACE. La segunda, por su parte, irá relacionada a informarle sobre cómo proceder ante MUFACE para hacer valer sus derechos.

Respecto de la primera cuestión, la Comisión Interministerial de Precios de Medicamento, en su sesión 194 del 30 de septiembre de 2019 acordó que la Profilaxis pre-exposición (en adelante PrEP) se financiara a partir de la fecha de 1 de noviembre de 2019 con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud (SNS).

En este sentido, el artículo 65.3 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, establece que:

“(…) la asistencia sanitaria se prestará conforme a lo establecido en el texto refundido, en este reglamento y, en lo que resulte de aplicación, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y demás normativa sanitaria vigente, debiéndose garantizar el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en dichas normas”.

Siendo así, cualquier tratamiento que se encuentre dentro de la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud deben estar al alcance de los pacientes mutualistas, teniendo el deber la Entidad de asegurar el acceso a las mismas en sus centros propios o concertados autorizados para ello.

Esta base normativa se complementa con la Resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Mutualidad General de funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2022, 2023 y 2024.

El Capítulo 2, bajo la rúbrica “*Cartera de servicios*” establece:

“2.1 Normas generales.

2.1.1 La asistencia sanitaria a los beneficiarios de MUFACE adscritos a la Entidad se prestará conforme a la Cartera de Servicios establecida en este Concierto.(…)

2.1.2 La Cartera de Servicios objeto del Concierto comprende como mínimo todas las prestaciones que conforman la Cartera Común de Servicios del SNS, con el contenido que, en cada momento, determine la normativa sanitaria de aplicación en el mismo, y las que se detallan en este Capítulo que, asimismo, recoge las especificidades de cada una de ellas.”

La cuestión es si el PrEp entra dentro de esta Cartera Común de Servicios del SNS. Para determinarlo es preciso en primer lugar que sepa cómo se estructura esta Cartera.

El artículo 7 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establece que el catálogo de prestaciones del SNS comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Además, por el artículo 8 y siguientes de la misma Ley, dentro de este catálogo se diferencian varios niveles de carteras:

La **cartera común básica de servicios asistenciales**, que comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.

La **cartera común suplementaria**, que incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetos a aportación del usuario (farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos).

Por último, la **cartera común de servicios accesorios**, dentro de la que se incluye todas las actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

Con lo dicho podemos concluir que el PrEP es una prestación sanitaria de atención especializada que se circunscribe dentro de la Cartera Común básica de servicios asistenciales porque:

PRIMERO. Es un medicamento antirretroviral cuya finalidad es la prevención del VIH. Según recoge el artículo 13 de esta misma Ley:

“1. La atención especializada comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel (...)”

SEGUNDO. Se ha calificado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) como un medicamento de uso hospitalario y, por tanto, únicamente puede dispensarse través de centros asistenciales cualificados con profesionales con experiencia en VIH e Infecciones de transmisión Sexual, siempre bajo la supervisión de farmacéuticos especialista en farmacia hospitalaria y vinculado, por tanto, a un servicio de farmacia hospitalaria.

Por lo tanto y como se viene analizando, este tratamiento si entra dentro de la cobertura sanitaria de MUFACE, que debe garantizarle el acceso al mismo en igualdad de condiciones que los asegurados por el SNS.

Además, el ya citado Capítulo 2 del Concierto de MUFACE, continua en su art. 2.1.3:

*“La Cartera de Servicios objeto del Concierto se estructura en las siguientes prestaciones: **b) Atención especializada**”* que incluye, según el artículo 2.3.1 *“las actividades asistenciales, diagnosticas, terapeutas y de rehabilitación y cuidados paliativos, así como aquellas de prevención cuya naturaleza hace necesaria la intervención de médicos especialistas”* comprendiendo, entre otras, la asistencia especializada en consultas.

Ahora bien, es importante que usted sepa que la prescripción del PrEP no está abierta a la población en general, sino que solamente podrán beneficiarse de este tratamiento quienes se encuentren dentro de alguno de los siguientes grupos de riesgo: (véase https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/MANUAL_PREP.pdf)

1. Hombres que tienen Sexo con Hombres y personas transexuales VIH-negativas mayores de 18 años con al menos dos de los siguientes criterios ocurridas en el último año:

- Más de 10 parejas sexuales diferentes.
- Práctica de sexo anal sin protección
- Uso de drogas relacionado con el mantenimiento de relaciones sexuales sin protección.
- Administración de profilaxis post-exposición en varias ocasiones.
- Al menos una ITS bacteriana.

2. Mujeres en situación de prostitución VIH-negativas que refieran un uso no habitual del preservativo.

3. Otros candidatos pueden ser:

- Personas que se inyectan drogas (PID) y comparten material de inyección, incluidos en programas de intercambio de jeringuillas) y/o terapia sustitutiva de opiáceos, y que mantienen relaciones sexuales sin preservativo.
- Personas altamente vulnerables:
 - a. Relaciones sexuales sin preservativo en el último año con múltiples parejas sexuales distintas y con desconocimiento de su estado serológico.
 - b. Relaciones sexuales sin preservativo en el último año con parejas procedentes de grupos de población con alta prevalencia de VIH (países con alta prevalencia (>1%), o con personas que se inyectan drogas).
 - c. Con antecedentes de ITS ulcerativas en el último año.
 - d. Adolescentes HSH y mujeres con relaciones sexuales sin preservativo.

Por otro lado, la prescripción y dispensa del medicamento solo se realiza en centros autorizados para ello en su Comunidad Autónoma y por profesionales expertos en VIH y en Infecciones de Transmisión Sexual (ITS). A través del siguiente enlace puede consultar qué centros están autorizados en su Comunidad Autónoma y cómo acceder a ellos: <https://siprep.es/centros-prep>.

Continuando con la segunda cuestión, si usted cumple con los criterios requeridos para ser beneficiario del PrEP, puede solicitar el reconocimiento del derecho a la prestación como mutualista ante la actual Directora General de la Mutualidad, Miriam Pallarés Cortón, competente para reconocer las prestaciones a mutualistas y beneficiarios según el artículo 11.2 2 letra i) del Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, por el que se establece la estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE).

Como las Mutualidades son entidades de Derecho Público porque son organismos autónomos dependientes del Ministerio de Política Territorial y Función Pública a través de la Secretaría General de Función Pública y de la Secretaría de Estado de

Política Territorial y Función Pública, todo tratamiento con las mismas se regirá por el Derecho administrativo.

Siendo así, según el artículo 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esta solicitud debe contener:

- a) *Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.*
- b) *Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.*
- c) *Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.*
- d) *Lugar y fecha.*
- e) *Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.*
- f) *Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.*

Usted podrá presentar esta solicitud en cualquier registro público como puede ser una Universidad y la Administración en cuestión se encargará de que el escrito llegue a su destinatario.

Recibida la reclamación, se deberá resolver en un tiempo máximo de tres meses a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la secretaria general de MUFACE.

Otra opción sería acudir al Centro autorizado en su Comunidad Autónoma para la dispensa del PrEP, hacer usted frente al coste de la prestación sanitaria y la dispensa del medicamento farmacológico con su dinero y posteriormente reclamar el reintegro del coste a MUFACE por el cauce ya explicado.

Esta segunda opción se reconoce en el art. 78.1 letra b) apartado primero del Real Decreto 375/2003, ya mencionado, que establece la posibilidad de que un *beneficiario adscrito a una entidad privada concertada por la mutualidad pueda utilizar servicios sanitarios distintos de los de dicha entidad si la asistencia sanitaria solicitada le ha sido denegada por parte de dicha entidad y esta denegación ha sido injustificada, de acuerdo con lo estipulado en los conciertos vigentes en cada momento.*

En tal supuesto se puede hacer uso de servicios sanitarios distintos de los que le correspondan y reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por éstos. En caso de discrepancia sobre la procedencia del reintegro en las circunstancias previstas en el supuesto anterior, corresponde a la mutualidad su apreciación y resolución, sin perjuicio de los posibles procedimientos de reclamación por parte de los beneficiarios previstos en los respectivos conciertos.

Para finalizar, recapitulemos todo lo dicho. La PrEP es un tratamiento financiado por el SNS para prevenir el VIH dentro de su Cartera Común Básica de servicios a nivel de atención especializada y por tanto MUFACE, que tiene el deber de garantizar a sus beneficiarios mínimo las mismas prestaciones que la Cartera Común del SNS, está obligado a facilitarle el acceso al mismo en igualdad de condiciones que los asegurados por el SNS. Si considera que cumple los criterios requeridos para ser beneficiario de este tratamiento, debe solicitar el reconocimiento del derecho a la prestación sanitaria mediante solicitud ante la Dirección General de MUFACE o, si lo desea, acudir directamente al Centro Sanitario autorizado en su Comunidad Autónoma, hacer frente a la factura devengada por la prestación de la asistencia sanitaria y luego solicitar el reintegro del coste a la Mutuality.

De nuevo, muchas gracias por contactar con nosotros. Esperamos que la información facilitada le sea de ayuda y recuerde que estamos a su disposición para cualquier duda que se le plantee.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Pero no solo ha habido problemas administrativos en el acceso a la PrEP sino también a la PPE, como se muestra en esta consulta.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona acude a un hospital de ASISA, ya que tiene la condición de funcionario de MUFACE, para solicitar el tratamiento PPE VIH (profilaxis post-exposición). Allí le informan que tiene que acudir a un hospital del SNS para obtener el tratamiento y dicho hospital le suministra el tratamiento para 4 días, cubriendo la emergencia.

Ante ello, vuelve al hospital de ASISA para que le proporcione el resto del tratamiento pero, al no tener la medicación solicitada, vuelven a derivarle al hospital público sin ningún tipo de justificante.

El hospital público le reclama el pago de 1.210€ por los medicamentos suministrados.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española

Artículo 43. Derecho a la protección de la salud

-. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 7. Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud

-. Ley 39/2015, de 8 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Artículo 21. Obligación de resolver.

Artículo 24. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado

Artículo 66. Solicitudes de iniciación

Artículo 123. Recurso potestativo. Objeto y naturaleza

Artículo 124. Recurso potestativo. Plazos

-. Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Artículo 65. Objeto y prestación

Artículo 78. Asistencia sanitaria prestada por medios ajenos.

-. Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2020 y 2021.

Capítulo 2. Cartera de Servicios.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Ministerio de Sanidad, “*Guía de actuación para la profilaxis post-exposición no ocupacional al VIH*”

https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/guia_actuacion_profilaxis.pdf

-. MUFACE, “*Atención de urgencias y emergencias*”

https://www.muface.es/dam/jcr:12624ea6-c9bf-4cf1-a9b3-dd39bd3c86c9/Guia_Atencion_Urgencias_Emergencias_12092019.pdf

-. ASISA, “*Cuando reclamar*”

<https://www.asisa.es/mutualistas/mutuas-medicas/reclamaciones>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento legal sobre su situación. Gracias a la confianza depositada vamos a poder mejorar nuestro aprendizaje aplicando nuestros conocimientos a un caso real.

ÍNDICE

- 1. Protocolo de acceso al tratamiento PPE**
- 2. Necesidad de cobertura por ASISA**
- 3. Denegación de acceso al tratamiento**
- 4. Conclusiones**

1. Protocolo de acceso al tratamiento PPE

El artículo 43 de la CE consagra el derecho a la protección de la salud. De esta forma, los poderes públicos deben organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

La Profilaxis Post-Exposición (en adelante PPE) es un tratamiento antirretroviral que se administra a personas sin VIH que han tenido una exposición al virus. Consiste en la administración de pastillas antirretrovirales durante 4 semanas y debería iniciarse inmediatamente después de un posible contacto con el VIH, con el fin de evitar su transmisión. El periodo de tiempo tras la exposición, dentro del cual se aconseja dar el tratamiento, es de 48 a 72 horas.

Ahora bien, la toma de este tratamiento debe ser una decisión tomada por el médico y el paciente de forma individualizada y conjunta. Asimismo, la PPE se aconseja únicamente a personas que tengan exposiciones de riesgo de forma esporádica y excepcional.

Toda persona que sea atendida por personal sanitario con ocasión de una exposición al VIH debe recibir una adecuada información sobre prácticas de riesgo y medidas de prevención. Además, la atención urgente y el seguimiento de las personas expuestas deberían ser llevados a cabo en aquellos centros que dispongan de personal preparado, medios de laboratorio adecuados y que puedan dispensar tratamiento antirretroviral.

Lo primero que se hace es una entrevista con la persona expuesta para explicarle las medidas locales a realizar. Posteriormente se valora el riesgo de transmisión del VIH y el riesgo de transmisión de otras infecciones. En su caso se recomendará las pautas de PPE al VIH y se establecerá un seguimiento de los pacientes.

2. Necesidad de cobertura por ASISA

En el caso concreto, usted es un funcionario adscrito a la MUFACE por lo que puede solicitar el acceso al PPE ya que el art. 65.3 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo dispone lo siguiente:

“La asistencia sanitaria se prestará conforme a lo establecido en el texto refundido, en este reglamento y, en lo que resulte de aplicación, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y demás normativa sanitaria vigente, debiéndose garantizar el

contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en dichas normas”.

Quiero ello decir, y así se reconoce también la Resolución de 13 de diciembre de 2019 en la que constan los conciertos suscritos con la MUFACE con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional, que los funcionarios que opten por una entidad aseguradora que tenga concierto con la MUFACE deben tener una Cartera de Servicios que comprenda, como mínimo, todas las prestaciones que conforman la Cartera Común de Servicios de SNS.

El art. 7 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que dicho catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

El PPE es un tratamiento de atención especializada que se encuentra dentro de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y que, por tanto, es financiado por el mismo, por lo que la entidad aseguradora debe suministrar el tratamiento sin ningún gasto para el interesado.

3. Denegación de acceso al tratamiento

Para el caso concreto que nos ocupa usted acudió a ASISA para recibir el tratamiento PPE y fue desde la consulta desde dónde le denegaron el tratamiento y le indicaron que el mismo debía recibirlo en un hospital público por medio de la SNS.

A continuación, vamos a fundamentar la respuesta en dos apartados, uno primero que hará alusión al momento en el que el consultante recibe el tratamiento PPE con carácter urgente tras la exposición al riesgo; y un segundo apartado en el explicaremos que sucede cuando vuelve a acudir a ASISA para recibir el resto del tratamiento y se lo vuelven a denegar.

Usted, una vez fue a ASISA y le remitieron al SNS para que recibiera el tratamiento PPE, acudió a un hospital público en el que, debido a la situación de urgencia, le administraron el tratamiento. Se trata de una situación de urgencia ya que el tratamiento deberá hacerse efectivo entre las 48-72 horas posteriores a la exposición, y de no haberse aplicado el mismo se podría haber ocasionado un daño irreparable para la integridad de la persona. Para este supuesto de urgencia, no era siquiera necesario que usted hubiese acudido previamente a ASISA, ya que la aseguradora se haría cargo de la asistencia recibida en el hospital público debido al carácter urgente de la situación.

En la factura que nos ha facilitado se puede apreciar que el día que acudió a urgencias se le imputan unos gastos de 205,75 euros en concepto de urgencias y de 125,81 euros en concepto de perfil bioquímico básico. Estos importes deberán correr a cargo a ASISA, ya que al haber recibido una asistencia urgente será la Entidad la encargada de reembolsar los gastos abonados por el beneficiario.

Una vez ha recibido el tratamiento con carácter de urgencia, usted refiere que acudió a ASISA para que le facilitaran el resto de pastillas antiretrovirales necesarias para completar el tratamiento. Es en este momento donde nuevamente le remiten a un hospital público, ya que no poseen los medicamentos necesarios para hacer frente al tratamiento PPE.

Ante esta situación, usted vuelve a acudir a un hospital público en el que le facilitan el resto del tratamiento que necesita y le remiten una factura por importe de 879,06 euros en concepto de gastos de farmacia. La situación es distinta a la comentada anteriormente, ya que en esta situación usted no acude al hospital público debido al carácter urgente de la situación, sino que acude debido a que en ASISA le han explicado que no tienen el tratamiento que necesita disponible. Obviamente existe la posibilidad de que el beneficiario de ASISA reciba el tratamiento pagándolo él mismo y posteriormente exija el reintegro del dinero gastado, así lo estipula el artículo 78.1 letra b) apartado primero del RD 375/2003 que establece que cuando un beneficiario esté adscrito a una entidad privada concertada por la mutualidad podrá utilizar servicios sanitarios distintos de los de dicha entidad si la asistencia sanitaria solicitada le ha sido denegada por parte de dicha entidad y esta denegación ha sido injustificada, de acuerdo con lo estipulado en los conciertos vigentes en cada momento.

Sin embargo, el problema que acontece en esta situación es que usted debe probar que dicho tratamiento le ha sido denegado por parte de ASISA aportando algún medio de prueba. Lo ideal sería un documento que le hubiese facilitado la compañía indicando que no tiene los medicamentos necesarios para llevar a cabo el tratamiento y derivándole al hospital público, pero si no tiene este documento podría ser de utilidad cualquier medio que demostrase que acudió a ASISA para recibir el tratamiento (ej. Resguardo de espera, algún documento de triaje, ticket de parking, etc).

En el supuesto planteado usted puede presentar una reclamación puesto que ASISA deberá hacerse cargo de los gastos del tratamiento y deberá reintegrar el importe del mismo. En primera instancia deberemos comunicarnos con ASISA y reclamar el reembolso de las cantidades adeudadas. En el caso de que no estemos de acuerdo con la respuesta recibida por ASISA deberemos reclamar el importe ante la mutualidad, MUFACE. Para hacer dicha reclamación nos serviremos de lo dispuesto en la ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Lo adecuado será efectuar una solicitud administrativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 39/2015, ya que se tratará de una solicitud a instancia del interesado.

Una vez presentada la solicitud cumpliendo con todos los requisitos del artículo 66 de la ley 39/2015, la administración deberá responder a la petición formulada en un plazo máximo de 3 meses, como establece el artículo 21.3 b) de la ley 39/2015. Las posibles respuestas pueden ser:

- Silencio por parte de la administración: Si esto sucede y transcurren los 3 meses anteriormente citados y la administración no contesta de forma expresa a nuestra solicitud, se entiende que nuestra solicitud ha sido aceptada por silencio administrativo, como dispone el artículo 24 de la ley 39/2015.

- Resolución expresa favorable: En este supuesto habrán aceptado la solicitud planteada y habrán resuelto de forma expresa y aceptado nuestra pretensión.
- Resolución expresa desfavorable: La Administración resolverá de forma expresa y dentro de plazo denegando nuestra solicitud. Esta resolución es un acto que pone fin a la vía administrativa, pero se podrán plantear dos recursos. O bien un recurso de reposición, que se planteará ante el mismo órgano que dictó la resolución denegando la solicitud y que se podrá interponer en el plazo de un mes (regulado en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015); o bien un recurso contencioso-administrativo, el cual se interpondrá ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el plazo de dos meses. Este recurso se podrá interponer directamente o una vez se ha interpuesto el recurso de reposición.

4. Conclusiones

El art. 43 CE consagra el derecho a la salud, de manera que los poderes públicos deben organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

Los funcionarios, quienes tienen gestionadas sus prestaciones sociales por MUFACE, tienen derecho a que se garantice, como mínimo, el mismo contenido de la cartera de servicios del SNS.

El PPE es un tratamiento de atención especializada que se encuentra dentro de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y que, por tanto, es financiado por el mismo. Por ello, ASISA debe cubrir el coste y suministrar la PPE.

Debido al carácter urgente de la primera visita al hospital público no existen dudas de que ASISA deberá hacerse cargo de reembolsar al consultante el coste del tratamiento recibido. Diferente es la situación en la segunda visita al hospital público, si bien es cierto que el consultante acudió en un primer momento a ASISA y estos fueron los que le indicaron que debía acudir a un hospital público para seguir el tratamiento debido a que ellos no disponían del mismo. Por ello, habrá que acreditar esta situación mediante algún tipo de prueba y si se consigue demostrar que esto sucedió, como lo argumenta el consultante, ASISA deberá hacerse cargo de la totalidad del coste del tratamiento PPE.

En cuanto a la reclamación de cantidad, lo primero que se debe hacer es reclamar directamente a ASISA. En caso de que la respuesta obtenida no fuera la esperada podrá reclamar directamente ante MUFACE, siguiendo lo dispuesto en el art. 66 de la Ley 39/2015 para solicitar el reembolso.

Esperamos que esta información le sea de utilidad

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.



CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27
28221 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH