

El VIH – SIDA como cuestión de derechos humanos

1. *Discriminación por VIH como cuestión de derechos humanos*

Tal como la Comunidad Internacional ha reconocido, actuar contra la pandemia del VIH/Sida no es sólo una cuestión médica y de salud pública sino que es también una cuestión de derechos humanos ya que desde el inicio, ha tenido implicaciones sociales que tienen como centro el estigma y la discriminación, afectando la calidad de vida y la dignidad de las personas seropositivas y las políticas públicas de salud.

En efecto, la sociedad ha creado estigmas (“marcas”), es decir representaciones o características negativas que son atribuidas a la enfermedad y a las personas con VIH/SIDA, generando, reforzando y legitimando la discriminación por este motivo lo cual repercute en las distintas áreas de la vida social como puede ser el empleo, las relaciones contractuales, los servicios de salud, las relaciones familiares, etc, y afectando en general los derechos humanos y la dignidad de las personas con VIH/SIDA. Pero además debe señalarse que en general, las violaciones a los derechos humanos y los otros factores de discriminación (como la condición socio-económica o el género), aumentan el riesgo de las transmisiones y restringe las políticas de prevención y/o atención médica.

Las representaciones negativas o estigmas sociales relacionadas al virus y sus portadore/as, le han dado contenidos o significados tales como sinónimo de muerte, como castigo derivado por comportamientos inmorales, como sinónimo de guerra (en tanto virus y personas contra las que hay que combatir, frecuente en el lenguaje médico), considerándose a las personas con VIH como temibles e indeseables pero además, percibiéndose al VIH/SIDA como un mal ajeno, que sólo afecta a “los otros”, es decir a las personas marginadas: a los pobres, a los homosexuales y a las prostitutas¹. De esta forma, el estigma creado alrededor de la enfermedad y sus portadore/as genera discriminación y violencia contra las personas que lo viven y por ende se constituye en un problema de derechos humanos. Por estas razones, el fortalecimiento de los derechos humanos es una de las formas de enfrentar la epidemia y sus efectos.²

El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH-SIDA (ONUSIDA) sostiene que el riesgo de transmisiones de VIH y su impacto aumentan con las violaciones a los derechos humanos. Así, se ha reconocido la existencia de factores

¹ Derechos Humanos de las personas que viven con VIH o SIDA. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Programa de VIH/SIDA y Derechos Humanos. En: www.intermedik.com/ipps/VIH_SIDA/DERECHOS_HUMANOS_VIH.pps (Consulta: 27 de junio de 2010).

² Derechos Humanos y VIH. Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH-SIDA (ONUSIDA). En: <http://www.unaids.org/es/PolicyAndPractice/HumanRights/default.asp> (Consulta: 26 de abril de 2010).

impulsores de la epidemia, es decir factores estructurales y sociales que aumentan la vulnerabilidad de las personas a la transmisión del VIH. Estos factores son las desigualdades de género, las violaciones a los derechos humanos y el estigma y la discriminación en sus distintas manifestaciones. Es en el tejido de la estructura de nuestras sociedades, que jerarquizan y excluyen, en el que podemos reconocer una situación de mayor vulnerabilidad de las personas adscritas a grupos históricamente excluidos o discriminados: las mujeres, las personas que ejercen la prostitución (que en mayor porcentaje son mujeres), lo/as usuario/as de drogas inyectables y los hombres que tienen sexo con otros hombres.³

De esta forma, la efectiva realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todo/as es indispensable para reducir la vulnerabilidad ante el VIH/SIDA al mismo tiempo que el respeto de los derechos de las personas que viven con VIH/SIDA, la lucha contra la discriminación que tienen que afrontar en su experiencia vital del día a día y en los distintos ámbitos de la vida, es un elemento básico en el accionar contra la propia epidemia.

La vigencia de los derechos humanos como aspecto fundamental de la política y las acciones contra la pandemia del VIH/SIDA requiere de la intervención de la Comunidad Internacional, el Estado en sus diversas instancias y los particulares (personas naturales y jurídicas). En esta labor es fundamental la participación directa de las personas afectadas por la enfermedad, tanto a nivel individual como a nivel asociativo. Por esta razón es necesario potenciar a las personas con VIH/SIDA, con habilidades y conocimientos básicos en el ámbito jurídico, con el fin de enfrentar la pandemia que en las formas de discriminación y violencia puedan experimentar en la propia vida cotidiana, en sus interrelaciones con otras personas, instituciones y la sociedad en general.

El presente documento pretende ser una guía de orientación básica para la actuación frente a posibles casos de discriminación por razón de VIH-SIDA. En este sentido, el trabajo tiene dos objetivos. El primero es brindar información teórica sobre el tema de la discriminación por razón de VIH-SIDA con el objetivo de poder llegar a discernir, en qué casos nos encontramos frente a un caso de discriminación y en qué casos no. El segundo es dar información respecto a los instrumentos que el ordenamiento jurídico Español brinda y algunas pautas de actuación frente a posibles casos de discriminación en distintas áreas de actividad especialmente sensibles en la experiencia de las personas con VIH.

³ Derechos Humanos y VIH. Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH-SIDA (ONUSIDA). En: <http://www.unaids.org/es/PolicyAndPractice/HumanRights/default.asp> (Consulta: 26 de abril de 2010). -

1.1. Los derechos humanos como exigencias éticas de dignidad

Los derechos son instrumentos jurídicos diseñados para proteger, garantizar y promover las distintas esferas de la vida de las personas a fin de que puedan llevar a cabo sus planes de vida de la mejor manera posible. Para ello atribuyen a las personas determinadas capacidades, prerrogativas o facultades. El centro de los derechos es la dignidad humana por lo tanto una perspectiva de derechos humanos implica que las acciones de política pública y el ordenamiento jurídico tiendan a proteger, garantizar y promover la dignidad de las personas.

Los derechos fundamentales son pues, las exigencias éticas de dignidad humana que han sido positivizadas en el más alto grado del ordenamiento jurídico, es decir, que han sido incorporadas a la Constitución otorgándoseles una serie de garantías para su vigencia y cumplimiento. De esta forma la Constitución Española consagra en su artículo 10: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”*.

La incorporación de los derechos fundamentales en la Constitución implica que los mismos son *vinculantes*, es decir de obligatorio cumplimiento tanto para el Estado como para los particulares; y además son *exigibles* por sus titulares, es decir, que las personas pueden exigir su cumplimiento. Así los derechos fundamentales son un mecanismo de control para el poder político y los otros poderes sociales y particulares.

En el caso del Estado, los derechos son un mecanismo de control del poder estatal en tanto cualquiera de sus actuaciones tanto a nivel legislativo, judicial o de gobierno, a nivel local o estatal, deben no sólo respetar su vigencia sino también promoverlos: las normas y las actuaciones del Estado en sus distintas instancias deben respetar los derechos tanto en sus contenidos como en sus formas, es decir, que no pueden vulnerar los derechos de las personas ni por el fondo ni por la forma. Lo mismo sucede con las relaciones entre particulares: los derechos fundamentales también rigen estas relaciones por lo que ninguna persona natural o jurídica debe vulnerarlos.

La relevancia de los derechos en el sistema jurídico hace que se les otorgue un conjunto de mecanismos de protección o garantías de modo tal que frente a un acto (por acción u omisión) que les vulnere, el sistema responda en función a restablecer o hacer valer la vigencia del derecho conculcado o negado. Es por esta razón que las personas tienen el derecho de acudir a las instancias gubernamentales para exigir el cumplimiento de sus derechos, tanto a nivel administrativo, como judicial, como político (en este último caso a través de sus asociaciones, representación en las instancias de decisiones políticas, etc).

La pandemia del VIH se mantiene, reproduce y agudiza con la violación de los derechos humanos en general y origina para las personas que viven con él, la vulneración de muchos de sus derechos fundamentales. Entre los derechos que se ven vulnerados a causa del VIH en los distintos ámbitos de la vida social tenemos: el derecho a la no discriminación, a la protección igual de la ley y a la igualdad ante la ley; el derecho a la vida, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; la libertad y la

seguridad de la persona, la libertad de circulación, el derecho a pedir asilo y a gozar de él; el derecho a la intimidad, la libertad de opinión y expresión, y el derecho a recibir y difundir libremente información; el derecho a la libertad de asociación, el derecho al trabajo, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia; el derecho a la igualdad de acceso a la educación, el derecho a un nivel de vida digno, el derecho a la seguridad, la asistencia y el bienestar sociales; el derecho a disfrutar de los adelantos científicos y sus beneficios, el derecho a participar en la vida pública y cultural; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

1.2. Discriminación y VIH: conceptos básicos

1.2.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

España es un Estado social y democrático de derecho que tiene como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico el de la igualdad. Así pues, la igualdad informa a todo el sistema jurídico de forma tal que las normas, los procedimientos, la actuación de la administración pública y los particulares deben respetarla y tender hacia su vigencia.

La Constitución establece en su artículo 14 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”*. Así pues se reconoce como derecho fundamental el derecho a la igualdad y el correspondiente mandato antidiscriminatorio.

El mandato antidiscriminatorio hace referencia a la prohibición por parte de cualquier instancia estatal y de los particulares, de ejercer un trato injustamente diferenciado que limite, restrinja o niegue derechos a una persona por razón de su de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La prohibición de discriminar a las personas con VIH/SIDA se encuadra dentro del término *“cualquier otra condición o circunstancia social”*. Así lo ha sostenido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al confirmar que *“... la expresión “cualquier otra condición social” en las disposiciones no discriminatorias, debe entenderse que comprende el estado de salud, incluido el estado serológico con respecto al VIH”*.⁴

El mandato antidiscriminatorio se extiende a la prohibición de los Estados de discriminar a las personas que viven con VIH o a los miembros de un grupo a los que se considera amenazados de infección teniendo en cuenta su estado serológico real o presunto con respecto al VIH⁵. Así, el Protocolo para la Identificación de Discriminación contra las Personas que viven con el VIH -ONUSIDA 2001-, señala que es discriminatoria

⁴ Directrices Internacionales sobre VIH/sida y los Derechos Humanos, Organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, versión consolidada del 2006. Documento disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf>, p. 82 (consulta: 21 de mayo de 2010).

⁵ Directrices Internacionales sobre VIH/sida y los Derechos Humanos, Organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. Opus cit. p.84.

“Cualquier medida que acarree una distinción arbitraria entre personas por razón de su estado de salud o su estado serológico respecto al VIH, confirmado o sospechado”.

Pero el Estado Español no sólo está obligado a no discriminar sino también a tomar todas las medidas necesarias para promover la libertad e igualdad de las personas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plena participación en todos los aspectos de la sociedad. El artículo 9.2. de la Constitución sostiene que *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. De este modo, el Estado está obligado a garantizar y promover la igualdad, la libertad y los derechos de las personas con VIH.

1.2.2. Concepto de discriminación en el derecho antidiscriminatorio

Ahora bien, es importante diferenciar el uso del término “discriminar” en sentido coloquial del contenido que dicho término tiene para el derecho antidiscriminatorio. En términos coloquiales, discriminar es diferenciar. Para el derecho antidiscriminatorio, “discriminar” o “discriminación” es un concepto grupal. En estricto, “discriminación” designa a un fenómeno que afecta a las personas por pertenecer a determinados grupos o colectivos a los que la sociedad les adscribe ciertas características valoradas negativa o peyorativamente.

Entonces, la discriminación es consecuencia del prejuicio que preside estas diferenciaciones o clasificaciones grupales “odiosas”. “Diferenciación o clasificación odiosa” es el término utilizado en el derecho antidiscriminatorio para designar las diferencias sociales generadas a partir de adscribir o imponer características y/o valoraciones negativas por parte de la “sociedad hegemónica” hacia las personas del grupo históricamente discriminado. Las personas del grupo discriminado son definidas como el “otro”, el “diferente”, en oposición y generalmente en términos peyorativos respecto del “sujeto hegemónico”.

Ahora bien, dichas características peyorativas son asignadas a las personas por adscribirse siempre a los factores de sexo/género, etnicidad/raza, condición socio-económica, afectación de la salud, opción sexual, edad, etc.

Entonces desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio diremos que existe discriminación contra una persona cuando a ésta se le niegan, limitan o restringen derechos o recursos, en las normas o en los hechos, por razones de sexo/género, etnicidad/raza, condición socio-económica, afectación de la salud, opción sexual, edad, etc. Así pues, una persona es discriminada cuando se le niegan, limitan o restringen derechos por ser mujer, por ser pobre, por ser seropositivo, por no ser heterosexual, por no ser blanca, por ser menor de edad, etc.

La discriminación puede presentarse de diversas formas:

1. Directa o indirecta: La discriminación directa es la que se basa explícitamente en las características de las personas. La indirecta es cualquier práctica, norma, requisito o condición que aunque aparezcan como neutras, tengan el efecto de

discriminar a personas pertenecientes a grupos específicos que no puedan atenerse a dichas reglas. Estas prácticas, normas, requisitos o condiciones son entonces *aparentemente neutras*⁶.

2. Intencional o no intencional: cuando la norma o acto, con independencia de que se buscase, tiene como resultado una situación de exclusión o restricción⁷.
3. Por acción o por omisión: La situación de discriminación puede resultar de un “hacer” o un “dejar de hacer” o un “no hacer”.
4. Simple o múltiple: La discriminación simple se produce cuando una persona es discriminada exclusivamente por alguno de los factores de discriminación, por ejemplo vivir o ser sospechosa de vivir con VIH, o ser mujer, o ser pobre, o ser homosexual, etc. La discriminación múltiple se da cuando confluyen varios factores discriminatorios en la situación de una persona. Por ejemplo, la persona que vive con VIH, es mujer, es pobre y es usuaria activa de drogas.

Es importante señalar que no son discriminatorias las medidas temporales que los poderes públicos lleven a cabo a fin de beneficiar a las personas que forman parte de determinados grupos históricamente marginados o discriminados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean compensada su situación de desigualdad sustancial.⁸ Es el caso de las acciones afirmativas o medidas de acción positiva.

Ahora bien, como estas medidas implican un “trato formalmente desigual”, para poder considerarlas acordes con la Constitución es necesario que cumplan con dos requisitos: que su objetivo sea acabar con la situación de desigualdad, desventaja o infrarrepresentación de la personas pertenecientes al grupo discriminado (“*juicio de razonabilidad*”) y, que la medida sea adecuada y necesaria para el logro de los objetivos, de manera que al favorecer la igualdad para el grupo discriminado, no se discrimine a la mayoría (“*juicio de proporcionalidad*”).⁹

El Protocolo para la identificación de discriminación contra las personas que viven con el VIH/SIDA (ONUSIDA, 2001) define como discriminación: “*Cualquier medida que acarree una distinción arbitraria entre personas por razón de su estado de salud o su estado serológico respecto al VIH, confirmado o sospechado*”.¹⁰

⁶ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Madrid: Fundación para la Investigación y la Prevención del SIDA en España, 2005. p. 13.

⁷ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Opus cit. p. 13.

⁸ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. *Estrategias en Asesoramiento Jurídico en VIH/SIDA –Legislación española de No Discriminación por VIH/SIDA-*. En: http://www.observatorio.red2002.org.es/documentos/Taller_asesoramiento_juridico/Miguel_Angel_Ramiro.pps (Consulta: 24 de mayo de 2010)

⁹ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. *Estrategias en Asesoramiento Jurídico en VIH/SIDA –Legislación española de No Discriminación por VIH/SIDA-*. Opus cit.

¹⁰ El Protocolo para la identificación de discriminación contra las personas que viven con el VIH/SIDA (ONUSIDA, 2001) está disponible en <http://www.unaids.org/publications/documents/human/law/JCO41-Protocol-S.pdf>

Tenemos entonces que la **discriminación** es una **distinción, exclusión o restricción** en el ejercicio de un derecho o en el acceso de un bien o servicio, que sufre una persona porque **vive** o se **sospecha** que vive con VIH/SIDA.

Frente a ésta realidad, es necesario saber cuáles son los ámbitos o áreas sensibles y los instrumentos jurídicos con los que se cuenta en España para afrontar la vulneración de derechos humanos que sufren las personas que viven con VIH/SIDA.

El Protocolo para la identificación de discriminación contra las personas que viven con VIH/SIDA (ONUSIDA, 2001), es un mecanismo que pretende examinar la situación de las acciones, estrategias y políticas contra el VIH/SIDA en el ámbito de la discriminación y el respeto a los derechos de las personas afectadas. Examina diez áreas de la vida social en las que considera que se pueden producir esos tratos diferentes, injustificados e institucionalizados, a partir de tres fuentes de discriminación: 1. la legislación, 2. los reglamentos y procedimientos y, 3. la práctica cotidiana¹¹.

Dentro de cada una de estas áreas de la vida social, el protocolo enumera prácticas o situaciones que constituyen los actos de discriminación más habituales que sufren las personas con VIH/SIDA. De esta forma, las áreas especialmente sensibles a prácticas discriminatorias contra personas que viven con VIH/SIDA son:

1. Asistencia sanitaria
2. Empleo
3. Justicia/procesos judiciales
4. Administración
5. Bienestar social
6. Vivienda
7. Educación
8. Vida familiar y reproductiva
9. Seguros y otros servicios financieros
10. Acceso a otros servicios o establecimientos públicos (por ejemplo, servicios funerarios, transporte, instalaciones deportivas)¹².

Frente a los actos de discriminación y vulneración de derechos fundamentales contra las personas con VIH/SIDA, el sistema legal ofrece distintas medidas a fin de hacer vigente el derecho conculcado. El derecho proporciona un amplio marco teórico y procesal para la garantía de los derechos siendo posible utilizar recursos administrativos y/o judiciales. Instrumentos jurídicos clave en esto son la Constitución y el fundamento de los derechos humanos en el plano teórico, la Ley de Igualdad de Oportunidades no discriminación y accesibilidad universal para personas con discapacidad, entre otras. En los siguientes apartados de este documento mostramos algunos casos prácticos y algunas estrategias jurídicas para afrontarlos.

¹¹ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Opus cit. p. 13.

¹² Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Opus cit. p. 13.

Ahora bien, debemos tener presente que aunque el instrumento legal es uno de gran importancia no es el único que se puede o debe utilizar. Es preciso entonces, combinar diversas estrategias para el respeto y la vigencia de los derechos de las personas que viven con VIH/SIDA como es la participación política a través de los movimientos asociativos para la reivindicación de los derechos y su introducción en la agenda política como demanda del colectivo afectado. Otros espacios estratégicos de actuación son la negociación, la información, las tareas de sensibilización y educación ciudadana en términos de respeto a los derechos humanos de todos y todas.

1.2.3. *VIH y perspectiva de género*

Como hemos mencionado, el VIH/SIDA es una cuestión de derechos humanos y por lo tanto la perspectiva para el desarrollo de acciones, estrategias y políticas para contrarrestar la discriminación, la no vigencia de los derechos de las personas seropositivas y las políticas públicas de salud contra el VIH/SIDA deben tener como trasfondo la dignidad humana. Ahora bien, como cualquier análisis sobre derechos humanos y políticas públicas exige, las acciones contra el VIH/SIDA exigen también un enfoque transversal de género, es decir, tener en cuenta al género como eje especial de análisis y propuesta para la formulación y desarrollo de políticas públicas en las que la vigencia de los derechos sexuales y derechos reproductivos toma especial relevancia.

El género es la construcción social de la diferencia sexual y una forma de organizar y jerarquizar las sociedades. A efectos de explicar las estructuras sociales de género, es útil hacer la diferenciación entre sexo y género. El “sexo” está referido a las características anatómicas, fisiológicas, cromosómicas, biológicas, corporales que han servido y/o sirven para designar a una persona como “hombre” o “mujer” o ambos a la vez o ninguno de ellos.

El “género” se define como una construcción cultural, es decir la asignación que la sociedad establece a los seres humanos en cuanto a roles, estereotipos o espacios de actuación, lo que la sociedad espera de las personas cuando se les asigna ser “femenina” o “masculino”, según su sexo. Cabe decir que lo “masculino” y lo “femenino” socialmente establecido no limita las diversas posibilidades genéricas en una sociedad.

La perspectiva de género es una perspectiva de análisis de los hechos e instituciones sociales que permite ver las relaciones de poder construidas a partir de la diferencia sexual. Así pues, es posible constatar que histórica y geográficamente las construcciones de género han sido de hegemonía masculina y de subordinación femenina.

Esta dicotomía jerárquica de “masculino” y “femenino” implica a su vez la marginalidad, exclusión, discriminación o invisibilización de las personas que siendo de sexo femenino (de ambos o de ninguno de ellos) se identifican con el género masculino o con ambos géneros o con ninguno de ellos y viceversa; es decir la discriminación o invisibilización de las personas que siendo de sexo masculino (de ambos o de ninguno de ellos) se identifican con el género femenino o con ambos géneros o con ninguno de ellos.

Esto es relevante puesto que la perspectiva de género nos informa de la vulnerabilidad especial frente al VIH/SIDA de las personas que forman parte de dos colectivos

históricamente discriminados: las mujeres (y no sólo las que ejercen la prostitución) y las personas homosexuales.

El Feminismo ha desvelando como problema político y de derechos que la situación de vulnerabilidad de las mujeres está relacionada con las construcciones sociales y culturales construidas alrededor del cuerpo, la sexualidad y la capacidad reproductiva de las mujeres. Así históricamente, en las distintas épocas y espacios geográficos, culturas e ideologías, el control del cuerpo, la sexualidad y la reproducción de las mujeres ha sido ejercida por los distintos poderes privados (el marido, el padre, el novio, etc) y públicos (el Estado, las iglesias), y casi nunca ha sido un ámbito en el cual las mujeres puedan gozar de plena autonomía. De esta forma, el tema de género es uno de los puntos neurálgicos de la situación de discriminación y exclusión social de más de la mitad de la población mundial y esto ha de tenerse muy en cuenta dado el aumento de las cifras de transmisiones de VIH en mujeres heterosexuales, directamente relacionados con las normas sociales sobre sexualidad, violencia sexual, inequidad de género, factores socioeconómicos y culturales que las impactan.

El género, la pobreza y el VIH se tornan en factores que se entrecruzan para agudizar las distintas formas de discriminación que viven las mujeres a la vez que se convierte en un punto estratégico para el mantenimiento y reproducción de la epidemia tanto en términos médicos como en términos de derechos humanos porque en un contexto de dominación de sexo-género de hegemonía masculina, las mujeres quedan relegadas en el goce y ejercicio de su propia autonomía en tanto, en la vida cotidiana, ven limitada su capacidad para disponer de su cuerpo, su sexualidad y su capacidad reproductiva, lo cual se refuerza con el menor acceso de las mismas a los servicios de educación, salud, participación en la vida pública laboral o política, etc.

Frente a esto es necesario el trabajo de empoderamiento de las mujeres, que implica labores de información y concienciación de los factores que contribuyen a su situación de discriminación. Asimismo se hace necesario concientizar a los hombres y a la sociedad en general de la existencia de estos factores en función a las construcciones sociales de género que determinan la prevalencia de un sexo sobre el otro (hombre-mujer) y un género sobre otro (masculino-femenino).

Dadas estas condiciones sociales y culturales, es de especial relevancia el reconocimiento, la vigencia y garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos. Los derechos sexuales implican poder ejercer el control sobre el propio cuerpo, tener relaciones sexuales cuando, con quién y cómo quieran tenerlas y que no se les obligue a tenerlas; tomar decisiones sobre su propia sexualidad, gozar de la sexualidad, informarse y protegerse contra los riesgos de las consecuencias de la actividad sexual, tales como el embarazo y las enfermedades de transmisión sexual y el VIH. Los derechos reproductivos implican, la libertad de decidir tener hijo/as o no tenerlo/as, la libertad de decidir el número de hijo/as, el espaciamiento entre ello/as, la elección de métodos anticonceptivos y proconceptivos. Por ello es importante recibir información oportuna y científica acerca de la sexualidad y la reproducción y tener acceso a servicios profesionales que sin prejuicios ayuden a manejar asuntos relacionados con la salud sexual y reproductiva.

1.2.4. ***Derecho a la intimidad, protección de datos, confidencialidad de la información y VIH***

Se ha señalado como el estigma y la discriminación son problemas esenciales de la epidemia del VIH/SIDA constituyéndola en problema de derechos humanos por la afectación grave a la dignidad de las personas seropositivas y a sus derechos. En este contexto el derecho a la intimidad así como la confidencialidad de la información respecto a la situación personal serológica se torna fundamental.

El ordenamiento jurídico español brinda algunos instrumentos jurídicos diseñados para la defensa de estos derechos. La Constitución consagra en su artículo 18º, el derecho a la intimidad personal. Por su parte, la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal establece en su artículo 7.3º:

“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, sólo podrán ser recabados y cedidos, cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

Asimismo, la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, señala que la dignidad de la persona humana, el respeto de su voluntad y de su intimidad, orientarán toda la actividad, encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y documentación clínica (artículo 2.1.).

En concordancia con los preceptos anteriores, el artículo 7º de la Ley 41/2002, establece el derecho de las personas y la obligación de los centros sanitarios, de respetar y garantizar el carácter confidencial de los datos de salud, requiriéndose para ello el consentimiento de la persona interesada:

“1. Toda persona tiene derecho 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.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

2. Aspecto Salud

2.1. Asistencia Sanitaria

2.1.1. Marco teórico

Para el ordenamiento jurídico español, el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental por lo tanto es de carácter vinculante para la actuación de los poderes públicos y exigible por las personas ante los mismos. La Constitución establece en su artículo 43º que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establece los derechos y los deberes de todos al respecto.

En tanto derecho fundamental, toda persona tiene derecho a ser asistida por los servicios de salud, sin importar su estado de salud al momento de solicitar la prestación. Por esto, las personas que viven con VIH o SIDA tienen derecho a acceder a cualquier institución sanitaria para ser asistidas en todo lo necesario sin ningún tipo de trato discriminatorio.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo sobre la Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, regula el derecho a la asistencia sanitaria, señalando en su artículo 3º que es titular de este derecho, toda persona española o extranjera que se encuentre en el territorio nacional.

Pese al marco legal existente que ampara el derecho a ser asistido/a sanitariamente, podemos encontrar en la práctica actos de discriminación hacia las personas por ser VIH positivas, como por ejemplo, casos de personas que se encuentran con ciertos inconvenientes que impiden o dificultan el acceso o el goce efectivo de los servicios sanitarios tal como se puede apreciar en los casos prácticos que se plantean a continuación.

2.1.2. Casos prácticos

a) ¿Cómo actuar en caso de que a una persona VIH positiva se le niegue la atención sanitaria o no reciba una atención médica adecuada en un centro de salud?

Si se trata de un centro de salud privado, es posible presentar una queja por escrito al responsable del centro y al médico, enfermera o personal de salud responsable del daño, a fin de que se reestablezca el ejercicio del derecho a la atención sanitaria, para que no se repita en otras ocasiones y para activar los mecanismos de sanción correspondiente. Se puede solicitar una entrevista con la persona responsable de la Administración, el Jefe de Servicio de Coordinación Administrativa y Gestión Económica del Área de Salud (responsable de las derivaciones de lo/as pacientes) o con el Director de la clínica.

Si aún esto, no se accede al servicio, no recibe la atención adecuada o no queda conforme con la respuesta, se puede rellenar una hoja oficial de reclamación en el servicio de atención al paciente del centro.

Si se trata de un centro de salud público, en el caso de atención primaria, habrá que rellenar una hoja de reclamaciones del centro de salud o dirigirse a la inspección médica del centro. En el caso de un centro hospitalario, la reclamación deberá hacerse ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital así como ante la gerencia del centro hospitalario. También cabe la posibilidad de denunciar los hechos ante el Juzgado de guardia de la localidad y ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma.

A fin de realizar las reclamaciones o denuncias, es importante tener en cuenta detalles de los hechos a denunciar, la fecha, el nombre de o las personas que intervinieron en la negación o mala atención del servicio. Asimismo, es conveniente pedir copias fechadas y selladas de todos los escritos de reclamaciones y/o denuncias presentados y en lo posible guardar información del paciente tal como historia clínica, informes, fotografías o vídeos de lo sucedido, etc.

En todo caso también es posible enviar cartas informativas a las autoridades competentes en la materia denunciando públicamente el hecho discriminatorio, en la Dirección General de Salud Pública del Gobierno, la Dirección del Servicio de la Salud, la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno, el Cabildo, el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Secretaría del Plan Nacional del Sida y el Defensor del Pueblo. También puede informarse del caso a los medios de comunicación.¹³

b) ¿Hasta qué punto el personal sanitario debería guardar la confidencialidad sobre el estado serológico de un paciente?

Este tema envuelve aspectos relacionados con el código deontológico y el principio de confidencialidad, es decir, el deber del personal sanitario de evitar el riesgo a la salud de otras personas y el deber informar sobre una situación delicada del paciente y el deber de respetar el derecho de confidencialidad del paciente.

Legalmente no se puede romper el principio de confidencialidad de los datos médicos pero deben evitarse daños a terceras personas. En este sentido, **es necesario que el/la paciente manifieste su consentimiento para que el médico pueda comunicar cualquier tipo de información sobre su estado de salud o serológico a terceras personas.** Al mismo tiempo, se debe facilitar al/la paciente información o recomendaciones sobre el beneficio de no mantener prácticas de riesgo sean sexuales o de otro tipo y de las consecuencias que podría tener el mantener prácticas de riesgo para su pareja o cónyuge.

c) Embarazo y VIH

Ha habido grandes progresos en términos de la reducción del riesgo de transmisión del VIH a fetos y bebés de las mujeres embarazadas seropositivas. Suponiendo que una

¹³ Para el conocimiento de casos particulares, puede visitar <http://www.unapro.org/index.php?p=denun4>

mujer VIH positiva cuidara bien de su salud y tuviera una buena atención prenatal y comenzara con un régimen de tratamiento que contenga AZT –Retrovir-, el riesgo de transmisión del VIH sería menor al 2%. Una mujer seropositiva tiene derecho a recibir atención médica especializada y los cuidados necesarios para evitar al máximo el riesgo de la transmisión del virus al feto.

d) ¿Una persona VIH positiva puede solicitar o acceder a un tratamiento de reproducción asistida?

Las y los titulares del derecho a la protección de la salud no pueden ser excluidos en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida que se realizan en los centros asistenciales, públicos o privados, aludiendo como única razón su estado serológico.¹⁴

La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), señala que debe garantizarse que las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las personas que viven con VIH, no sean discriminadas por esta razón para acceder y utilizar las técnicas de reproducción asistida.

En caso de que algún centro sanitario, de titularidad pública o privada se negara a prestar este servicio es procedente exigir una notificación del centro. Esta notificación debe señalar el motivo por el cual no se puede realizar el tratamiento. La negativa sólo podría justificarse en caso de que la persona solicitante no reuniese las condiciones específicas para el tratamiento o porque el centro no reúna las condiciones necesarias para ello. La negativa para la prestación del servicio no puede aludir como causa la condición serológica del/la solicitante. De ocurrir esto, estaríamos ante un acto discriminatorio.

Así pues, el estado serológico no puede ser considerado un argumento de exclusión válido en el acceso a técnicas de reproducción asistida. Si se produjese tal exclusión, las personas con VIH podrían reclamar su derecho mediante una serie de recursos, primero, ante la Administración y, posteriormente, ante los Jueces y Tribunales¹⁵.

Se han presentado casos en centros hospitalarios donde se niega la prestación de este tratamiento. Ante estas situaciones la Coordinadora Estatal de VIH/SIDA (CESIDA) ha solicitado al Ministerio de Sanidad y Política Social el cambio de esta situación mediante acciones concretas que pongan fin al trato discriminatorio por razones sociales.

¹⁴ RAMIRO, Miguel Ángel. *Informe sobre el Acceso de las Personas con VIH a los Tratamientos Reproducción Humana Asistida*. Informe jurídico solicitado por CESIDA al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Documento disponible en: <http://www.comiteantisida-asturias.org/contenidos/documentos/Informe-sobre-Reproduccion-Humana-Asistida.pdf> (Consulta: 19 de mayo de 2010)

¹⁵ RAMIRO, Miguel Ángel. *Informe sobre el Acceso de las Personas con VIH a los Tratamientos Reproducción Humana Asistida*. Opus cit.

3. Acceso a los Seguros

Dentro de los diferentes tipos de seguros existentes, diferenciados en función del riesgo que cubren, desempeñan una importante función los seguros de personas, tales como los seguros de vida y los seguros de salud, incluido el seguro de asistencia sanitaria e invalidez, y algunos seguros que cubren riesgos múltiples, que incluyen prestaciones equivalentes. Todos estos seguros, como puede verse, se refieren a riesgos que afectan a la vida y a la salud humanas, motivo por el cual se comprende enseguida que son servicios respecto de los cuales las características del VIH y los riesgos y efectos que suponen hacen de ésta un área especialmente sensible a la posibilidad de actos discriminatorios.

3.1. Seguros de Vida y seguros de salud

3.1.1. Marco teórico

Desde mediados de los años 90 y gracias a los nuevos tratamientos antirretrovirales, el panorama en cuanto a la evolución del SIDA como enfermedad ha cambiado radicalmente: llevando adecuadamente un tratamiento óptimo se consigue reducir el nivel de actividad del virus y, por tanto, la cantidad de partículas virales en la sangre que afectan negativamente a las células, ya que se recupera la capacidad del Sistema Inmunitario gracias al aumento de los linfocitos CD4; esto posibilita una mejor protección inmunitaria y evita la aparición del SIDA como enfermedad.

Pese a estos avances, la situación de los seguros y en particular, los seguros de vida, es un asunto delicado para las personas que viven con VIH o SIDA, pues están prácticamente excluidas de poder siquiera contratarlos y en muchos casos, en la práctica, aún habiéndoles contratado, encuentran innumerables trabas para poder acceder a sus beneficios ya que en general, el mercado de aseguradoras se ha encargado de establecer exclusiones y restricciones al respecto.

No obstante, en los últimos tiempos, ciertos mercados del sector de seguros de vida han comenzado a recordar que su misión es proporcionar protección contra riesgos y por lo tanto la asegurabilidad de personas que viven con VIH ya no es novedad, siendo una práctica habitual en algunos mercados de los Estados Unidos.

Este cambio de perspectiva se relaciona directamente con la extensa información disponible derivada de los estudios sobre la enfermedad que se ha venido llevando a cabo en los últimos años, con el aumento de la esperanza de vida de las personas que viven con VIH/SIDA gracias a los tratamientos antirretrovirales modernos (hasta poder llegar a considerarla como una enfermedad crónica); con la experiencia del mercado asegurador que ve en sus carteras una selección muy categorizada en la que se excluye a las personas que viven con VIH/SIDA frente a la mortalidad reducida en relación con

otro tipo de riesgos, y con la disposición de algunas reaseguradoras de asumir esos riesgos.^{16 17}

En España aún no se conocen casos en los que las aseguradoras evalúen esos elementos para ofrecer un seguro de vida a favor de las personas que viven con VIH. No obstante, las normas jurídicas españolas, como la Constitución, la Ley Orgánica de Igualdad (3/2007, de 22 de marzo) o la Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, LIONDAU (51/2003, de 2 de diciembre); consagran el principio de igualdad y prohíben la discriminación, precepto que al ser un derecho fundamental es de carácter vinculante y rige las relaciones entre particulares, es decir, que el mandato de no discriminación es de obligatorio cumplimiento, también para las empresas del sector de seguros.

Este es uno de los aspectos en los que se manifiesta la necesidad y la importancia del asociacionismo de las personas que viven con VIH o SIDA, pues se hace evidente la necesidad de integrar en la agenda pública la demanda de este sector de la población respecto al acceso a los servicios de seguro.

3.1.2. *Líneas de acción para el tratamiento de la situación de las personas con VIH en el acceso a servicios de seguro y otros servicios financieros conexos (seguros de vida y seguros de salud)*

Las prácticas conforme a las cuales las compañías aseguradoras rechazan la solicitud de seguros a personas con VIH, o las cláusulas que excluyen los riesgos relacionados con el VIH en general, encuentran un claro límite en la prohibición e ilicitud de las conductas injustificadamente discriminatorias en la medida en que no se basen en criterios técnicos de actuación fundados o razonables. En la medida en que no satisfagan este requisito, tanto el Derecho privado como el Derecho público proporcionan una buena base para combatir tales prácticas y la validez de las señaladas cláusulas por las vías judicial y administrativa¹⁸.

El rechazo de las solicitudes de seguros o las cláusulas que excluyen de los riesgos cubiertos por el contrato los asociados al VIH, van contra el artículo 7º Código Civil (que prohíbe el abuso del derecho) o al artículo 1255º del mismo (que dispone la nulidad de las cláusulas contrarias a la ley o al orden publico) respectivamente, por lo

¹⁶ Jutta Eich. *Seguros para personas afectadas con el VIH – antes y ahora*. En: http://www.genre.com/sharedfile/pdf/Temas16_Eich-sp.pdf (Consulta: 16 de mayo de 2010).

¹⁷ Las reaseguradoras son entidades que protegen el patrimonio de las aseguradoras, ya que éste puede ser muy limitado para las responsabilidades asumidas a través de sus pólizas de seguros. Una compañía mediante un adecuado programa de reaseguros puede asegurar el más grande de los riesgos sin exponer considerablemente su patrimonio.

¹⁸ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. *Informe de Clínica Legal. El acceso de las personas que viven con VIH/SIDA a los servicios de seguro y otros servicios financieros conexos. Análisis de la situación presente y propuestas*. En: <http://www.cesida.org/images/stories/documentacion/informe%20CESIDA%20-%20Acceso%20servicios%20financieros.pdf> p. 20 (consulta: 22 de mayo de 2010)

cual ambas prácticas podrían ser atacadas mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial, o mediante su empleo en otras formas en el marco de un proceso.¹⁹

Al respecto debe tenerse presente la dificultad asociada al ejercicio de las acciones judiciales en estos casos pues ellas implicarían la necesidad de probar el efectivo carácter discriminatorio de la práctica o cláusula atacada por parte del demandante para lo cual es necesario poseer información actuarial técnicamente compleja. Esa clase de información es precisamente la que de forma habitual y con carácter profesional manejan las compañías y en general la industria aseguradora, y lo cierto es que debe contarse con la clara posibilidad de que en una controversia con el trasfondo descrito, las aseguradoras puedan “justificar” su conducta.²⁰ Por ello se hace necesario el movimiento asociativo de personas con VIH/SIDA a fin de integrar en la agenda pública las demandas de este tipo, conocer de primera mano la información técnica necesaria para argumentar en la defensa de sus derechos.

Asimismo, deben tenerse en cuenta las normas específicas sobre contrato de seguro y sobre cláusulas abusivas pues pueden tener aplicación en concreto a las cláusulas de exclusión de los riesgos asociados al VIH. Así tenemos, el artículo 3º de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro, que declara que las condiciones generales del contrato de seguro no pueden ser lesivas para el asegurado. Por su parte, para los contratos celebrados con consumidores (es consumidor el tomador o el asegurado), el art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -TRCU-), declara abusivas las cláusulas no negociadas individualmente (tales como las incluidas en condiciones generales) que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.²¹

Así tenemos por ejemplo que a la luz de estas disposiciones legales, serían cláusulas lesivas o abusivas las de los muchos contratos de seguros en el mercado español, que excluyen la cobertura a enfermedades graves o sean consecuencia o se hallen relacionadas con el Síndrome de Inmunodeficiencia Humana, o bien con la presencia del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida; así también lo serían, las cláusulas que señalan como riesgo excluido de la cobertura, el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o cualquier otra forma de virus del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

La calificación de estas cláusulas como abusivas tendría como efecto la nulidad e ineficacia de su contenido. En el caso de los contratos de seguros esto implicaría que el asegurador no podría negarse a abonar la indemnización o cantidad prevista basándose en el hecho de que el siniestro o evento producido se deriva de alguno de los riesgos derivados del VIH.²²

Entonces, si seguimos una perspectiva antidiscriminatoria y de derechos humanos no podría admitirse por ejemplo, que una aseguradora denegara la contratación de un

¹⁹ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. P.20

²⁰ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. P.20

²¹ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. P.21

²² García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. P.21

seguro basándose exclusivamente en la enfermedad del o la cliente, o que si una persona contrató un seguro años antes de ser diagnosticada con VIH, perdiera la cobertura del seguro para los gastos ocasionados por la enfermedad, ni podría excluirse del seguro médico a una persona, si ésta es diagnosticada VIH positivo durante el internamiento de otra enfermedad ajena a este diagnóstico.

Pero además, un punto importante y que interesa mencionar es que el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRCU) regula la acción de cesación, que puede dirigirse contra el empresario que utilice este tipo de cláusulas de forma regular (como sucede con las incluidas en condiciones generales de los contratos), con el fin de obligarle a que cese en su uso (arts. 53 y 54 TRCU). Para el ejercicio de esta acción están legitimados el Instituto Nacional de Consumo (o los órganos autonómicos paralelos), el Ministerio Fiscal, y las asociaciones de consumidores constituidas con arreglo al TRCU. Esta posibilidad, requiere probar que se trata de cláusulas abusivas, es decir que no responden a cálculos actuariales fundados. Esta dificultad hace conveniente que se planteen otras opciones.²³

Pero además es posible utilizar la vía administrativa para combatir la discriminación por razón de discapacidad en los casos de VIH. Así, existe la posibilidad de solicitar asesoramiento o dirigir denuncias a la Oficina Permanente Especializada (OPE) del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND) ante situaciones de discriminación (Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la discapacidad; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 736/2005, de 17 de marzo, por la que se regula la estructura y funcionamiento de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad). Conforme a esto, si se presenta una denuncia o se solicita asesoramiento ante un caso de discriminación por razón de discapacidad, puede abrirse un expediente informativo en el cual la OPE recabará la información oportuna para su elevación a la Comisión Permanente del CND, el cual podrá emitir recomendaciones para la prevención o cese de la conducta comunicada.²⁴

Para usar este instrumento es necesario que la discriminación tenga lugar por razón de discapacidad. Y en este punto la legislación administrativa plantea problemas porque ello implica la necesidad de acreditar un grado de mínimo de discapacidad para acceder a los servicios sociales que se prevén pero sucede que en muchos casos las personas que viven con VIH y que son discriminadas por este motivo, (entre ellos los asintomáticos) no tienen reconocido ningún grado de discapacidad o pueden tenerlo por debajo del 33%.²⁵

La igualdad material y formal y el mandato antidiscriminatorio consagrados en los artículos 9.2º y 14º Constitución, no exigen que la enfermedad, infección, minusvalía o discapacidad sobre la base de la cual se discrimine conlleve el reconocimiento de un grado de discapacidad determinado, sin embargo parece que la Ley de Igualdad de Oportunidades limita el acceso a los mecanismos de protección antidiscriminación que dispone. Por ello y para este caso es relevante la definición de minusválido de la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, define en su artículo 7º que se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración

²³ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 22

²⁴ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 22

²⁵ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 22

educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsible mente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Las denuncias antes señaladas pueden ser realizadas por las asociaciones representativas de personas con discapacidad, asociaciones que normalmente, en el caso del VIH, reúnen y representan a los afectados por el virus en cualquier grado y sin lugar a distinción.²⁶

También en el ámbito administrativo y ante casos de discriminación por VIH es posible denunciarlos ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (autoridad sectorial competente del Ministerio de Economía y Finanzas en materia de seguros). Esta Dirección tiene la facultada de requerir la presentación de los modelos de pólizas, tarifas de primas y las bases técnicas para controlar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro, así como los principios actuariales (en los seguros de vida), conforme al artículo 25º del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. En este sentido, deberá instruir expedientes en los casos en que detecte alguna infracción, en relación con lo cual debe destacarse que la LIONDAPD, en concreto en las disposiciones que establecen medidas antidiscriminación, resulta aplicable y vinculante, no sólo para la Administración General del Estado competente en materia de asistencia social, sino igualmente para todas las Administraciones en el marco de sus competencias específicas, incluida por tanto la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.²⁷

Pero además de las medidas antes señaladas, y dadas las dificultades a las que habrá que enfrentarse, es necesario que adicionalmente se tomen otro tipo de acciones, básicamente de carácter asociativo a fin de incluir estas demandas en la agenda pública mediante la interlocución con la Administración pública y con la industria aseguradora, en especial para los temas relativos a seguro de vida, y los seguros de enfermedad (incluida la cobertura por invalidez). Estas medidas pueden complementarse con medidas de acción positiva, tendentes a implementar la igualdad y la integración socioeconómica de las personas seropositivas.²⁸

3.2. Seguros Hipotecarios

3.2.1. Marco teórico

Tradicionalmente, los problemas que más atención han acaparado en relación con la infección por el VIH son los relativos a la atención médica y la asistencia en el plano social que las personas de este colectivo deben recibir. No obstante, es igualmente cierto que la integración social de los afectados pasa por mucho más que eso, y supone probablemente en igual medida la necesidad de prestar atención al plano laboral y económico.

²⁶ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 23

²⁷ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 23

²⁸ García-Mandaloniz, Marta y Manuel Alba Fernández. Opus cit. p. 23-24

El tema del acceso de las personas que viven con VIH a los servicios de seguro y, a raíz de los mismos, a otros servicios financieros como el préstamo o los seguros que se desprenden de poder acceder a un crédito es relevante puesto que implican el normal acceso a los bienes y servicios que cubran necesidades básicas, presupuesto necesario para una plena integración social.

Básicamente los inconvenientes se presentan a la hora de obtener un crédito o préstamo para la adquisición de un bien, ya sea mueble o inmueble, aunque en éste último caso se encuentran más dificultades, debido a que dentro de los requisitos que se piden para concederlo se incluye la contratación de un seguro de vida como parte de la garantía de este préstamo. Como se ha observado anteriormente, las personas que viven con VIH, no tienen la opción de contratar los servicios de un seguro de vida, por tanto, se les niega la posibilidad de tener y acceder a otro derecho, el de la vivienda.

3.2.2. Casos prácticos

a) ¿Se tiene la obligación de contratar un seguro de vida para poder acceder a un crédito hipotecario?

Sabemos que en la práctica, las personas que viven con VIH no pueden contratar los servicios de un seguro de vida, por ende, tampoco podrían en principio, obtener dicho préstamo. En esos casos se recomienda que se rechace la oferta del seguro de vida que le ofrece la entidad bancaria, negarse a contratar este seguro porque el seguro de vida no es una condición para la obtención de un crédito. Lo obligatorio en estas situaciones es un seguro sobre la casa o el bien a hipotecarse (seguro de daños de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo y su reglamento), aunque en la actualidad los bancos vienen pidiendo ambos tipos de seguro.

De esta forma, es posible negarse a la suscripción del seguro de vida o establecer que contratará otro seguro de vida con la aseguradora de su preferencia. Si esto no es posible, puede solicitar ayuda a la Oficina Municipal de Información al Consumidor de su Ayuntamiento, o al órgano competente en la comunidad o a alguna Asociación de consumidores, o incluso, al Servicio de atención al cliente del Banco de España. Se trata de un derecho que tenemos como consumidores, por lo que no es necesario que cuente nada más.

4. Aspecto Laboral

4.1. Reconocimiento Médico Laboral

4.1.1 Marco teórico

El Derecho al Trabajo es un derecho fundamental y se consagra en el artículo 35 de la Constitución Española: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

Concordando este artículo con el artículo 14 de Constitución que consagra el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social; debe sostenerse que el derecho al trabajo como derecho fundamental no admite actos discriminatorios contra las personas por circunstancias o condiciones personales o sociales como puede ser la condición serológica.

Por su parte, las Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos, emitidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA; sostienen que el derecho al trabajo implica el derecho de toda persona a obtener un empleo sin otros requisitos que la competencia profesional requerida. Por lo tanto, este derecho se vulnera cuando a un/a solicitante de trabajo o a un trabajador/a se le exige que se someta a la prueba obligatoria del VIH, o se le niega el empleo, se le despide o se le niegan las prestaciones si el resultado de la prueba es positivo²⁹. La obligación del Estado de impedir toda forma de discriminación en el lugar de trabajo por causa del VIH/SIDA implica su accionar tanto en el sector público como en el sector privado³⁰.

Asimismo, las directrices invocan las garantías estatales para que las personas que viven con VIH sigan trabajando mientras puedan cumplir sus funciones y para que a partir de entonces, como sucede con cualquier otra enfermedad, proponer a estas personas soluciones razonables para poder continuar en el trabajo mientras sea posible y, en caso de no poder hacerlo más, beneficiarse en igualdad de condiciones de los seguros por enfermedad y discapacidad correspondientes³¹.

²⁹ Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos, Organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, versión consolidada del 2006. En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf>, pp. 101-102 (Consulta: 21 de mayo de 2010)

³⁰ Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Opus cit. p. 102 (Consulta: 21 de mayo de 2010)

³¹ Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Opus cit. p. 102 (Consulta: 21 de mayo de 2010)

Estas directrices dejan en claro que no debe exigirse al/la solicitante o trabajador/a que revele al empleador su estado serológico con respecto al VIH, ni siquiera para poder acogerse a los regímenes de indemnización, pensiones o seguro de salud³².

El ordenamiento jurídico consagra también el derecho de todo/as lo/as trabajadore/as a condiciones de trabajo seguras e higiénicas. Al respecto y a propósito del VIH, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial del Trabajo y las Directrices Internacionales sobre VIH-SIDA y derechos humanos coinciden en sostener que en la mayoría de ocupaciones y de lugares de trabajo, el trabajo no entraña ningún riesgo de adquirir o transmitir el VIH entre los trabajadores, de un trabajador a un cliente, o de un cliente al trabajador³³. Sin embargo, cabe señalar que existe la posibilidad de transmisión en algunos centros de trabajo como por ejemplo, los establecimientos sanitarios. En estos casos, los Estados deberán adoptar medidas para minimizar ese riesgo, como procurar la capacitación adecuada de lo/as trabajadore/as del sector de la salud sobre las precauciones universales para evitar la transmisión del virus y los medios para aplicar dichos procedimientos³⁴.

4.1.2. Casos prácticos

- a) *¿Es obligatorio el reconocimiento médico realizado por las empresas a sus trabajadore/as? ¿Cuál es el grado de confidencialidad de los resultados? ¿Pueden afectar dichos resultados al/la trabajador/a?*

Pese a todo el marco legal garante del derecho al trabajo, es el sector laboral junto al de sanidad, el escenario con mayor índice de discriminaciones contra las personas que viven con VIH/SIDA³⁵. Uno de los casos con mayor incidencia está relacionado con el reconocimiento médico específico, también llamado examen laboral. El reconocimiento médico se realiza con el objetivo de prevenir riesgos laborales, pero puede llegar a ser un elemento o aspecto de discriminación en el ámbito laboral.

El reconocimiento médico está reconocido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre), como una obligación del/la empleador/a y un derecho del/la trabajador/a. El reconocimiento médico es voluntario para el/la trabajador y requiere siempre de su consentimiento previo, por lo cual, puede negarse a que éste le sea realizado. Si el/la trabajador/a conciente en hacerse el reconocimiento, este consentimiento no implica que está consintiendo a someterse a exámenes serológicos ni que en los informes o reportes respectivos aparezca información relacionada con el estado serológico del/la examinada. No existe razón ni base legal para

³² Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Opus cit. p. 102 (Consulta: 21 de mayo de 2010)

³³ Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Opus cit. p. 102 (Consulta: 21 de mayo de 2010) y Organización Mundial de la Salud en asociación con la Organización Mundial del Trabajo. *Consulta sobre el SIDA y el lugar de trabajo*. Ginebra: 1988. En: http://actrav.itcilo.org/osh_es/m%F3dulos/aids/amain.htm (Consulta: 21 de mayo de 2010)

³⁴ Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Opus cit. p. 102 (Consulta: 21 de mayo de 2010) y Organización Mundial de la Salud en asociación con la Organización Mundial del Trabajo. Opus cit.

³⁵ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Opus cit. Pp. 64-73.

que esto suceda. La realización de exámenes serológicos y la emisión de informes y reportes en los que aparezca información relacionada con la condición serológica del/la examinado/a, requerirán del consentimiento expreso del/la trabajador/a.

Cabe mencionar que la ley establece que los reconocimientos no pueden ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del/la trabajador/a. Además señala que es responsabilidad del/la trabajador/a las consecuencias derivadas de omisión o falsedad de la información de su patología.

Así pues, la empresa será informada de la aptitud de las personas para el puesto de trabajo y de la necesidad de introducir mejoras en las medidas de protección y prevención que incrementen la seguridad del/la trabajador/a, pero no así, de su patología. La empresa no tendría ningún motivo para no considerar apta a una persona que vive con VIH en aras de su seguridad, además la ley garantiza la intimidad de las personas. De lo contrario, se estaría cometiendo un acto discriminatorio.

b) Una persona con una minusvalía, ¿está obligada a notificar su patología a una empresa para acceder a un empleo ofertado por la misma?

Las personas que viven con VIH/SIDA a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, pueden acogerse a las disposiciones establecidas en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). Esta norma tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en los distintos ámbitos de la vida social, incluido el laboral.

Las personas tienen la opción de notificar o no su patología a la empresa a efectos de acceder a un empleo, en tanto les asiste el derecho a la intimidad. Es decir, el hecho de informar al futuro empleador o empleador acerca de su condición de persona con discapacidad y/o grado de minusvalía, no implica la obligación ni el consentimiento de informar acerca de la condición serológica. Para ello sería necesario el consentimiento expreso de la persona en cuestión.

Así pues, en caso de no notificar su patología, las personas que viven con VIH pueden pasar el examen médico teniendo en cuenta que cualquier prueba relativa a la condición serológica ha de ser consentida expresamente. Si se les pregunta sobre su patología, cada persona tiene la opción de informar sobre ello o no a la empresa. Si habiéndoselo comunicado a la empresa, ésta tuviera una reacción discriminatoria, cabría recurrir ante las autoridades administrativas correspondientes y en última instancia ante un tribunal.

c) ¿Se pueden considerar cláusulas discriminatorias la exigencia de un reconocimiento médico como requisito para poder adquirir algún tipo de licencia para el ejercicio de alguna profesión?

En principio los tratamientos diferenciados no constituyen discriminación si cumplen con los requisitos de ser medidas legítimas, estar basadas en criterios objetivos y razonables, ser proporcionales y demostradamente eficaces y efectivas. Si se dan estos presupuestos no existiría discriminación para las personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad como el de las personas que viven con VIH/SIDA.

En los casos de concesión de licencias, en la medida en que las afecciones identificadas puedan interferir en el ejercicio seguro de la actividad para la que se concede la licencia, no es discriminatorio que merezcan una atención especial. Es el caso de los controladores de tránsito aéreo según lo regula la Orden emitida por el Ministerio de Fomento, FOM 2418/2007, de 25 de julio.

En efecto, el apartado 8.1. b) de esta norma establece que *“El solicitante con infección por VIH y síntomas de enfermedad activa, SIDA, complejo relacionado con el SIDA o afectación del sistema nervioso central debe ser considerado no apto. Sin embargo, se puede considerar la recertificación de los pacientes asintomáticos con positividad para el VIH según lo recogido en los párrafos 8.1.1 a 8.1.3”*. Así pues la norma debe interpretarse en el sentido de que los síntomas de enfermedad activa asociados al VIH han de ser precisamente aquéllos que puedan interferir en la actividad en cuestión como son por ejemplo, la incapacidad súbita por convulsiones o la incapacidad súbita por disfunción cognitiva causadas por el VIH³⁶.

Cabe destacar el apartado 8.1.2 que establece: *“una vez que se ha confirmado la positividad se debe iniciar un proceso de valoración y seguimiento riguroso para que los pacientes puedan continuar trabajando siempre y cuando no se altere su capacidad para el ejercicio de las funciones autorizadas con el nivel adecuado de seguridad”*.

Se entiende entonces, que el apartado 8.1.b) no implica necesariamente la calificación de no apto sin más, sino que tal como lo indica el apartado 8.1.2., sino que es necesario un proceso de valoración y seguimiento riguroso para que los pacientes puedan continuar trabajando siempre y cuando no se altere su capacidad para el ejercicio de las funciones autorizadas con el nivel adecuado de seguridad. Este proceso, en el que se valora cuidadosamente al solicitante, no sería discriminatorio, pero si no se llevara a

³⁶ Así parece aclararse en los apartados 8.1.1, 8.1.2 y 8.1.3 de la Orden del Ministerio de Fomento 2418/2007 de 25 de julio:

8.1.1.: *“Es necesario prestar una atención especial a los antecedentes del paciente y a los signos clínicos indicativos de: 1) positividad para el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), 2) alteración del sistema inmunitario, 3) hepatitis infecciosa o 4) sífilis”*.

8.1.2.: *“No hay requisitos para la comprobación general del estado respecto al VIH, pero se deben efectuar pruebas según las indicaciones clínicas. Una vez que se ha confirmado la positividad se debe iniciar un proceso de valoración y seguimiento riguroso para que los pacientes puedan continuar trabajando siempre y cuando no se altere su capacidad para el ejercicio de las funciones autorizadas con el nivel adecuado de seguridad. El tratamiento debe ser evaluado por un especialista autorizado por la AMS; esta evaluación debe ser individualizada respecto a la idoneidad del tratamiento y a los posibles efectos adversos. En el punto 2 del Anexo 1 de este documento se recogen las recomendaciones relativas a los regímenes de evaluación”*.

8.1.3.: *“Debido a que la incapacidad súbita por convulsiones o la incapacidad súbita por disfunción cognitiva son manifestaciones conocidas de la enfermedad causada por el VIH, la evaluación neurológica concienzuda debe formar parte del seguimiento regular de estos pacientes”*.

cabo según estos preceptos, queda expedito el derecho del/la afectado/a para interponer los recursos administrativos pertinente.

d) ¿Una persona con VIH puede optar por una plaza en una oposición para la administración pública?

Sí, puede optar a una plaza laboral por concurso en la administración. Ahora bien, si ha optado por trabajar en el ámbito sanitario, lo más probable es que le practiquen análisis clínicos a la hora de acceder al Centro Hospitalario que le corresponda, ya que es algo rutinario. Es posible se le practiquen las pruebas de detección del VIH, siempre y cuando manifieste expresamente su consentimiento. De ésta forma el Sistema Sanitario estará al corriente de su condición serológica debiendo la administración tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho al trabajo de la persona en cuestión y la condiciones laborales seguras e higiénicas para todo/as lo/as trabajadore/as.

Cabe mencionar que el análisis clínico también se realiza para identificar las enfermedades o infecciones que la persona pueda tener antes de su incorporación e impedir que después ésta pueda reclamar al Sistema Sanitario indemnizaciones por haber contraído dicha infección en el puesto de trabajo.

Así pues, una persona que vive con VIH puede optar por una plaza en una oposición en la administración pública y si obtiene la plaza, el hecho de ser portador/a del VIH no implica que no se pueda acceder a la misma. En caso de que se produjera un rechazo por esa circunstancia, estaríamos ante un acto de discriminación que vulnera sus derechos por lo que tendría la posibilidad de denunciar el hecho antes las autoridades administrativas y judiciales correspondientes.

Por otro lado, en el caso de las personas que ingresan en una bolsa temporal de empleo (en Hospitales Públicos, por ejemplo), no se cuenta con legislación que establezca la obligatoriedad de practicar este tipo de reconocimientos médicos (que incluyan este tipo de pruebas).

Respecto a los reconocimientos médicos habituales, éstos son voluntarios para el/la trabajador/a. La empresa se limitará a señalar si la persona es “apta” o “no apta” para el desempeño del puesto para el que está contratada sin señalar datos relativos a la condición serológica.

Asimismo, el/la trabajador/a no está obligado/a a dar información sobre su condición serológica a la empresa que hace el reconocimiento, pero si opta por hacerlo, esta información tiene carácter confidencial y no se debe transmitir al empleador.

-

4.2. Discapacidad por VIH y acceso al empleo

4.2.1. Marco teórico

4.2.1.1. Personas con discapacidad

La percepción y el tratamiento social respecto de las personas con discapacidad, el reconocimiento y vigencia de sus derechos y las correspondientes obligaciones del Estado al respecto, han ido cambiando a través de los años. Así, se puede decir en general, que históricamente este proceso ha ido desde un modelo de la prescindencia, pasando por un modelo rehabilitador hasta un modelo social que es el que actualmente se está tratando de implementar tanto a nivel ideológico (en las distintas áreas del conocimiento y en la percepción social en general) como legislativo y de políticas públicas, en plano internacional y estatal³⁷.

El modelo de la prescindencia de las personas con discapacidad consideraba que las causas que originaban la discapacidad tenían origen religioso, que eran consecuencia del enojo del/os dios/es y que las vidas de estas personas no merecían ser vividas. Así ellas eran asumidas como innecesarias considerándose que contribuían a cubrir las necesidades sociales y que más bien eran una carga. Bajo esta concepción, la respuesta social era prescindir de ellas a través de la aplicación de políticas eugenésicas o situándolas en el espacio destinado para los *anormales* y las clases pobres³⁸.

El modelo rehabilitador considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas y que la discapacidad es exclusivamente un problema de la persona ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual (educación especial, rehabilitación médica y vocacional, asistencia institucionalizada). Desde este modelo las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean *rehabilitadas física, psíquica o sensorialmente* porque están desviadas del standar de la normalidad. Así, el fin que persigue esta postura es *normalizar* a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. En el derecho, la discapacidad fue abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como desde el derecho civil, en los temas relacionados con la incapacitación y la tutela porque la discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentarse a la sociedad³⁹.

El modelo social que actualmente se propugna desde una visión de derechos humanos, considera que las causas que originan la discapacidad son sociales y que las soluciones no pasan por considerarla como un problema individual de la persona afectada sino más bien de la sociedad, que está diseñada de forma tal que las excluye y discrimina. Así, la

³⁷ PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2007.

³⁸ PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI. Opus cit.

³⁹ PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI. Opus cit.

discapacidad es analizada como un fenómeno complejo, que no se limita al atributo de la persona sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social, por ello se requiere modificar y adaptar los factores necesarios a fin de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social⁴⁰.

De este modo, este modelo se centra en la rehabilitación o normalización de una sociedad de forma que sea pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todo/as, para ello el tratamiento social de las personas con discapacidad se basaría en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades⁴¹. Esto exige que se tengan en cuenta una serie de principios y medidas como la de vida independiente, accesibilidad universal, el diseño para todos, diálogo civil y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad⁴².

El modelo social responde a la postura de considerar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, se centra en la dignidad de las personas y de manera accesoria (y solo en caso de ser necesario) en las características médicas de la persona. Sitúa a la persona en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema en la sociedad⁴³. Esta es la postura adoptada por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, e igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU).

En congruencia con la postura del modelo social y de derechos humanos, es preciso desechar términos utilizados en la legislación y en el lenguaje coloquial que resultan discriminadores contra las personas con discapacidad, tales como minusválido, débil mental, subnormal, deficiente, etc. Esta es también una tarea pendiente que urge realizar por ejemplo en el ámbito de la legislación, tal como ocurre con el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre que regula el procedimiento para el reconocimiento y declaración y calificación del grado de “minusvalía”.

El Sistema Jurídico Español no cuenta con normas específicas que expresamente incorporen la no discriminación por VIH/SIDA. Sin embargo, como lo hemos señalado, será de aplicación el subsistema normativo antidiscriminatorio en cuya cúspide está la Constitución que consagra en sus artículos 9.2º y 14º la igualdad formal y material y el mandato antidiscriminatorio.

Una norma de especial relevancia para las personas que viven con VIH/SIDA es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). Esta Ley establece una serie de medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de la vida

⁴⁰ PALACIOS, Agustina y Francisco BARRIFFI. Opus cit.

⁴¹ PALACIOS, Agustina y Francisco BARRIFFI. Opus cit.

⁴² Ley 51/2003, de 2 de diciembre, e igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU).

⁴³ PALACIOS, Agustina y Francisco BARRIFFI. Opus cit.

social a fin de vivir con plenitud sus derechos. Señala que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 %.

Si bien es posible que las personas con VIH/SIDA puedan acogerse a esta norma, la misma no las considera *per se*, como personas con discapacidad ni las menciona como un grupo particular dentro del colectivo de la discapacidad, impidiendo su acceso inmediato (es decir con el sólo diagnóstico) a las herramientas jurídicas antidiscriminatorias previstas (tales como medidas de acción positiva, ajustes razonables, inversión de la carga de la prueba). En efecto, una vez diagnosticado el VIH/SIDA, corresponde establecer el grado de minusvalía.⁴⁴

Para establecer el grado de minusvalía debe cumplirse con lo establecido por el Real Decreto 1971/1999 de 23 de septiembre y Real Decreto 1169/2003 de 12 de septiembre. A efectos de valorar la discapacidad de una persona, estas normas establecen parámetros que no se limitan a confirmar la presencia del VIH/SIDA sino que supeditan la declaración de minusvalía a la valoración de las afecciones discapacitantes, de modo que una persona que viva con VIH pero que no tenga afecciones discapacitantes no tendrá derecho al reconocimiento del grado de minusvalía ya que no alcanzará el 33% exigido por la norma.⁴⁵

4.2.1.2. Certificado de minusvalía

Las personas que viven con VIH-SIDA a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía⁴⁶ igual o superior al 33%, pueden acogerse a las disposiciones establecidas en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). Esta norma tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de la vida social a fin de vivir con plenitud sus derechos. Ello implica también el acogimiento a regímenes específicos de protección y promoción derechos en distintos ámbitos de la vida social.

El certificado de minusvalía es un documento oficial que acredita la condición legal de la persona con discapacidad para recibir las prestaciones y servicios correspondientes. En este documento consta el grado y el tipo de discapacidad de una persona y es concedida por la Administración Autonómica de los Centros Sociales de Base del domicilio del/la solicitante, previa evaluación de sus condiciones físicas, psicológicas y sociales.

⁴⁴ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. *Estrategias en Asesoramiento Jurídico en VIH/SIDA –Legislación española de No Discriminación por VIH/SIDA-*. Opus cit.

⁴⁵ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. *Estrategias en Asesoramiento Jurídico en VIH/SIDA –Legislación española de No Discriminación por VIH/SIDA-*. Opus cit.

⁴⁶ Ya hemos señalado que este término (“minusvalía”, “minusválido”) es reprochable por la carga discriminadora que contiene. Lo usaremos sólo en la medida que sea necesaria para referirnos al contenido del Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre que regula el procedimiento para el reconocimiento y declaración y calificación del grado de minusvalía, necesario para el acceso a las prestaciones y servicios específicos de personas con discapacidad.

La normativa legal por la que se rige es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado para el caso específico de la valoración de discapacidad por VIH, por el Real Decreto 1169/2003.

El Real Decreto 1971/1999 concede la calificación de minusvalía en cuanto se alcance el grado de discapacidad del 33% a fin de garantizar la igualdad de condiciones para el acceso de lo/as ciudadano/as a los beneficios, derechos económicos y servicios que los órganos públicos otorguen. La valoración es realizada por un personal multidisciplinario que evaluará tres aspectos, el médico, el psicológico y el social, a fin de apreciar el grado de discapacidad correspondiente.

El grado de discapacidad que es otorgado por el certificado de minusvalía nada tiene que ver con la certificación de incapacidad o invalidez que establece la seguridad social, debido a que ésta certificación determina si hay o no invalidez para trabajar en una profesión habitual.

El Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, modificó el Real Decreto 1971/1999 sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en lo relativo a los apartados “Normas para la valoración de la discapacidad en casos de infección por VIH” y los “Criterios de valoración en infección por VIH”.

El RD 1169/2003 sostiene que dadas las especiales características que concurren en las personas con infección VIH, es fundamental que la valoración sea multidisciplinar y realizada en todos los casos por los tres técnicos del equipo de evaluación, médico, psicólogo y trabajador social. Asimismo, se señala que aunque la situación clínica de estos pacientes ha variado con los nuevos tratamientos, aquellos adultos cuyas cifras de CD4 sean menores de 200 en el último año y aquellos niños en clase C3 (clasificación de 1994) tendrán un porcentaje mínimo de discapacidad del 33%. Asimismo y dada la complejidad terapéutica que adquiere la situación de coinfección de VIH y virus C de Hepatitis, estos casos también han de valorarse con un mínimo de 33%.

Los criterios de valoración en infección por VIH, según el Real Decreto 1169/2003, de 23 de diciembre, son:

- 4.3. Clase 1 (0%): El paciente está diagnosticado de infección por VIH y el grado de discapacidad es nulo y precisa o no tratamiento.
- 4.4. Clase 2 (de 1 a 24%): El paciente está diagnosticado de infección por VIH y el grado de discapacidad es leve, precisa tratamiento continuado y presenta menos de tres episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia, que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada uno o durante menos de 30 días al año.
- 4.5. Clase 3 (de 25 a 49%): El paciente está diagnosticado de infección por VIH y el grado de discapacidad es moderado, precisa tratamiento continuado y presenta de tres a seis episodios anuales de enfermedades relacionadas con su

inmunodeficiencia, que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada uno o durante más de 30 días al año.

- 4.6. Clase 4 (de 50 a 70%): El paciente está diagnosticado de infección por VIH, precisa tratamiento continuado y se da una de las siguientes circunstancias: el grado de discapacidad es moderado y presenta más de seis episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas o durante más de 60 días al año; o el grado de discapacidad es grave.
- 4.7. Clase 5 (75%): El paciente está diagnosticado de infección por VIH, precisa tratamiento continuado y el grado de discapacidad es muy grave.

4.2.2. Casos prácticos

a) ¿Es obligatorio mostrar la hoja del certificado de minusvalía donde indica la patología de una persona a la hora de solicitar trabajo en un Centro Especial de Empleo?

El/la solicitante de empleo no está obligado/a a mostrar la parte del certificado de minusvalía donde se especifica la patología o el origen de la misma (su condición serológica), basta con que muestre la parte del certificado en el que se señala el porcentaje y el tipo de discapacidad (física, psíquica y/o sensorial).

En este sentido, la Oficina del Servicio de Empleo no puede exigir la presentación de la parte del certificado de minusvalía donde se especifica la patología de la persona (“tercera hoja”) a efectos de inscribirla como demandante de empleo. Si la oficina no procede a la inscripción por este motivo estaría cometiendo un acto discriminatorio e ilegal que vulnera los derechos a la igualdad, la intimidad y confidencialidad de la persona.

Bajo esta lógica, tampoco se podría bajo ningún motivo reflejar la patología o condición serológica del/la solicitante en el curriculum vitae que emiten estas oficinas, ni ser puesta en conocimiento de los posibles empleadores.

Si el/la solicitante opta por informar sobre su condición serológica (lo cual implica haber manifestado previa y expresamente su consentimiento informado), y por esta razón se le niega el trabajo, éste también sería un acto de discriminación.

La obligación de la Oficina o Centro Especial de Empleo se limita en estos casos a requerir al/la solicitante un Certificado de Aptitud o Compatibilidad Funcional, que es un documento público en el que se señala si la discapacidad es o no compatible con las funciones inherentes al puesto de trabajo al que se opte (si impide o no el cumplimiento efectivo del puesto de trabajo).

El Certificado de Compatibilidad Funcional o Certificado de Aptitud para el puesto de trabajo deberá establecer las funciones que se desempeñan en él, y hacer constar el nombre de la entidad a la que se presenta. El/la empleador/a realiza una descripción del

puesto para que el órgano competente indique su compatibilidad o no. Este documento se solicita en la Consejería de Bienestar Social de las distintas Comunidades Autónomas, donde se solicitan:

5. Datos personales (D.N.I., domicilio, lugar y fecha de nacimiento)
6. Nº de Expediente del Certificado de Minusvalía.

La obligación de respetar el principio de igualdad y no discriminación y los derechos a la intimidad y confidencialidad de las personas que viven con VIH es aplicable en cualquier institución, entidad o empresa del sector público o privado como por ejemplo las ONGs de intermediación laboral, empresas de servicios temporales, etc.

Frente a actos de discriminación como los descritos anteriormente, es procedente utilizar los mecanismos legales de reclamación, impugnación o denuncia, según corresponda. Para denunciar los casos de discriminación por la “tercera hoja”, es de suma importancia tener información y/o pruebas del hecho, como la fecha, la oficina que le atendió, un escrito indicando que le rechazaron la inscripción o no le concedieron el trabajo por incluir información sobre su condición serológica, etc. Si se establece verbalmente, se puede exigir que se realice por escrito.

b) ¿Puede una persona acceder al ejercicio de cualquier especialidad médica independientemente de su estado serológico?

En principio si, cualquier persona podría acceder a cursar cualquier especialidad médica y desarrollarla independientemente de su estado serológico. Sólo cuando el desempeño del puesto de trabajo concreto pueda implicar un riesgo de transmisión o agravar la salud del trabajador, y las precauciones universales en materia de sangre y líquidos corporales, no sean suficientes para evitar estos riesgos, estaría jurídicamente justificada alguna restricción.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo y el Consejo de Ministros de Salud de la Unión Europea han afirmado que las personas que viven con VIH no constituyen un riesgo para sus compañeros de trabajo y que la obligación de poner en conocimiento del empleador su condición de seropositivo o de someterse a las pruebas de detección del VIH sólo es necesaria en los casos específicos en los que el desempeño de las labores impliquen un real riesgo de transmisión a terceras personas. En el ámbito sanitario estos casos se reducen a las actividades en las que se llevan a cabo procedimientos invasivos o las que conllevan en sí misma contacto con fluidos biológicos humanos y cuando las precauciones universales en materia de sangre y líquidos corporales no son suficientes para evitar estos riesgos

4.3. Diagnóstico VIH positivo durante la vida laboral

4.3.1. Marco teórico

El hecho de ser portador de VIH no debería ser un inconveniente ni para el acceso ni para el desarrollo de un empleo. Las únicas restricciones están dadas en función a que el ejercicio mismo de la actividad suponga un riesgo de transmisión para terceros o pueda generar el agravamiento de la salud del trabajador o solicitante de empleo.

En los casos de las personas que ya se encuentran trabajando en alguna empresa, organismo o institución, y son diagnosticadas con VIH positivo, esta condición no podría avalar el despido del trabajador. Si esto sucediera, el despido se tornaría nulo por discriminatorio y el empleador estaría obligado a probar que el despido se ha realizado por causas distintas a la condición serológica del trabajador.

Asimismo, un cambio en el puesto de trabajo sólo estaría justificado si el ejercicio mismo de las labores implica un real riesgo de transmisión a terceros como la realización de procedimientos invasores o el contacto con fluidos biológicos humanos y las precauciones universales en materia de sangre y líquidos corporales no son suficientes para evitar riesgos de transmisión.

4.3.2. Casos prácticos

a) ¿Una persona perteneciente a la estructura militar está en la obligación de notificar su patología?

El artículo 63º de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, establece que las pruebas de los procesos selectivos también servirán para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios. Asimismo, el artículo 101º de la citada norma incluye en el expediente de aptitud psicofísica del militar los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas.

El artículo 5.6 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas, señala que las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios, se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar de formación para incorporarse a las fuerzas armadas (como militar de carrera, militar de complemento o militar profesional de tropa y marinería, y para incorporarse a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la

Guardia Civil), en todos los procesos selectivos. Según este dispositivo legal, es motivo de exclusión el padecer de alguna inmunodeficiencia (apartado 8.1), por lo cual, una persona que vive con VIH/SIDA no puede optar a ingresar a ellas.

No obstante en caso de que el militar sea diagnosticado con posterioridad de su ingreso a la institución, la misma no puede ser motivo para separar a la persona de la Institución, en todo caso, la solución pasará por reubicarla en puestos en los cuales pueda continuar trabajando, sin la posibilidad de transmisión a terceros. Si la persona es pasada al retiro de manera automática debido a su estado serológico, procedería utilizar los recursos administrativos y judiciales pertinentes.

La Ley Orgánica No. 11/2007 de 22 de octubre que regula los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil establece en su artículo 23º, la obligación de “someterse a los reconocimientos psicofísicos necesarios para determinar su aptitud para el servicio”.

Por su parte, la Ley 42/1999, de 25 de noviembre que regula el Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, establece en su artículo 49.1º que figurará en el *Expediente de aptitud psicofísica*, los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas que se realizaren con el contenido y periodicidad que se establezca reglamentariamente según el empleo, escala, edad y circunstancias personales, o en cualquier momento a iniciativa fundamentada del propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo. También figurarán todos aquellos que se realicen con objeto de determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a los efectos establecidos en la mencionada Ley.

Según esta norma, las personas que hayan ingresado en la Guardia Civil, serán sometidos a evaluaciones médicas periódicas para evaluar sus condiciones psicofísicas. Esto implica la posibilidad de que la condición serológica de un guardia seropositivo podría ser comunicada o puesta en conocimiento de los superiores como resultado de las evaluaciones periódicas.

No obstante, una vez conocido el diagnóstico, (ya sea por manifestación voluntaria del trabajador o por el haberse informado los resultados del examen), los artículos 8º y 97.2º de la Ley 42/1999, señalan que si la insuficiencia psicofísica es irreversible, ya sea por la propia naturaleza de la enfermedad o por el transcurso de dos años desde que fue diagnosticada, se iniciará una evaluación para determinar si se establece una limitación para ocupar determinados destinos, un cambio de especialidad, el pase a retiro o la resolución del compromiso. Esta última opción sólo es aplicable a los casos de militares profesionales y no a los militares de carrera por lo que no es aplicable a los miembros de la Guardia Civil (artículo 9º). Este proceso incluye dos 2 fases, una de instrucción del caso y otra de resolución.

La legislación vigente señala que si la persona ha sido diagnosticada con VIH una vez que se ha incorporado a la Guardia Civil (VIH sobrevenido) no puede ser pasada a retiro de manera automática sino que caben otras opciones de mantener el mismo puesto de trabajo o cambiar de especialidad, lo cual implica determinar el nivel de CD4 y el grado de discapacidad.

b) ¿Una persona a la que se le ha diagnosticado Hepatitis C tiene la obligación de comunicarlo a la institución para la que trabaja? Si esta institución es un centro médico sanitario, ¿sería obligatoria la comunicación?

Si no se le ha preguntado sobre sus antecedentes, y si en los estudios que se le han realizado no se muestra la infección, esto significa que tampoco tiene la obligación de comunicar que la ha tenido, puesto que no parece que vaya a afectar a la relación laboral. Sin embargo, es habitual que cuando el personal sanitario se incorpora a trabajar en un Hospital o centro de similar naturaleza, se les practique una serie de análisis para detectar este y otro tipo de patologías infecciosas, que si bien no significan un riesgo potencial para los pacientes siempre y cuando se utilicen las normas de bioseguridad universales, puede que suponga un problema para la institución si el personal sanitario alega en cualquier momento que se ha infectado en su puesto de trabajo o en el desempeño de sus funciones, lo que podría ser catalogado de accidente laboral con las posteriores consecuencias jurídicas y económicas negativas para la institución sanitaria.

En todo caso, la información está protegida por el deber de confidencialidad del personal sanitario encargado de llevar a cabo los controles de salud. En ningún caso debería ser revelada.

5. Seguridad Social

5.1. Marco teórico

La Seguridad Social está garantizada en España por el artículo 41º de la Constitución, que señala lo siguiente:

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

La finalidad de la Seguridad Social es garantizar a las personas comprendidas en su campo de aplicación, la protección adecuada frente a las contingencias y las situaciones que contempla la ley.

Son beneficiarios de la seguridad social, en la modalidad contributiva, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad profesional en territorio nacional: trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia (autónomos), socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, estudiantes, y funcionarios. También son beneficiarios de la seguridad social, aquellas personas que cumplan los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva. En ambos casos, son beneficiarios también los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo.

Así pues, existen dos formas de adquirir las pensiones otorgadas por la Seguridad Social: las contributivas y las no contributivas.

Las pensiones contributivas. Son prestaciones económicas y de duración indefinida (aunque no siempre), cuya concesión está generalmente supeditada a una previa relación jurídica con la Seguridad Social (se debe acreditar un período mínimo de cotización en determinados casos).

Su cuantía se determina en función de las aportaciones efectuadas por el trabajador y el empresario. Dentro de la acción protectora del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, con las salvedades que en cada caso y para cada modalidad se indican en el respectivo régimen especial, se incluyen las pensiones siguientes:

- Por jubilación: jubilación ordinaria, jubilación anticipada por tener la condición de mutualista, jubilación anticipada sin tener la condición de mutualista, jubilación anticipada por reducción de la edad mínima debido a la realización de actividades penosas, tóxicas e insalubres; jubilación anticipada de trabajadores discapacitados, jubilación parcial, jubilación flexible y jubilación especial a los 64 años.
- Por incapacidad permanente: total, absoluta y gran invalidez.

- Por fallecimiento: viudedad, orfandad y en favor de familiares.

Dentro de la acción protectora del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), se incluyen las pensiones de: Vejez, Invalidez y Viudedad.

Las pensiones no contributivas. Son prestaciones económicas que se reconocen a aquellas personas que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo. Dentro de esta modalidad, se encuentran las pensiones de Invalidez y Jubilación no contributivas.

Las personas que pueden beneficiarse de estas pensiones son todos los ciudadanos españoles y nacionales de otros países con residencia legal en España que cumplan con los requisitos exigidos:

- a. Carecer de ingresos suficientes;
- b. Y de acuerdo al tipo de pensión:
 - i. Jubilación: tener 65 años o más; y residir en territorio español o haberlo hecho durante 10 años.
 - ii. Invalidez: tener 18 años o más y menos de 65; residir en territorio español y haberlo hecho durante un periodo de 5 años; tener un grado de discapacidad de 65% o superior.

Las pensiones de jubilación y de invalidez no contributivas son incompatibles entre sí y con las Pensiones Asistenciales (PAS) y con los Subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por Ayuda de Tercera Persona de la Ley de Integración Social de las Personas con Discapacidad. También son incompatibles con la condición de causante de la Asignación Económica por Hijo a Cargo o Menor Acogido.

La gestión de estas pensiones no contributivas está atribuida a los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma y a las Direcciones provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

5.2. Casos prácticos

- a) *Una persona que ha cotizado y se encuentra de baja por su estado de salud debido al VIH, ¿puede solicitar la invalidez?*

En primer lugar se tendría que acreditar el grado de discapacidad de la persona mediante el certificado de minusvalía. Este documento oficial es expedido por la Administración Autonómica en los Centros Sociales de Base correspondiente al domicilio del/la solicitante.

El Real Decreto 1169/2003 indica los criterios de valoración en los casos de VIH para la calificación de la minusvalía. Una vez terminado este proceso y teniendo la certificación del grado de discapacidad se deberá de proceder a tramitar los respectivos servicios y prestaciones de la seguridad social.

Es requisito para acogerse al régimen de la modalidad contributiva, acreditar que el/la solicitante está en el intervalo de 18 a 65 años de edad y que se ha cotizado por algún tiempo. En caso de no haber contribuido, cabría cogerse al régimen de la modalidad no contributiva si se cumplen con los requisitos de ley.

Por ejemplo, una persona que se encuentra dentro del intervalo de 18 a 65 años de edad, que ha contribuido al régimen de la seguridad social por algunos años y que se ve impedida de realizar su trabajo por su condición de salud e intervenciones quirúrgicas; tendría derecho al régimen de pensiones por incapacidad permanente.

Esta es una prestación económica que, en su modalidad contributiva, trata de cubrir la pérdida de rentas salariales o profesionales que sufre una persona, cuando estando afectada por un proceso patológico o traumático derivado de una enfermedad o accidente, ve reducida o anulada su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva.

En caso de no haber cotizado a la Seguridad Social durante el tiempo legalmente exigido, se podrá acceder a una pensión de invalidez (no contributiva), si se acredita carecer de ingresos suficientes, tener entre 18 y 65 años, residir en territorio español durante un periodo de cinco años consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud y un grado de minusvalía superior al 65%.

6. Aspecto Legal: Justicia y Procesos Judiciales

La finalidad de esta sección es brindar una orientación jurídica básica para facilitar la comprensión de algunos aspectos relacionados con determinadas situaciones a las que podrían enfrentarse las personas con VIH como por ejemplo, la interposición de una demanda por lesiones, una indemnización ante un daño que les pudiesen causar o una denuncia por razón de discriminación por VIH. En este sentido presentaremos nociones básicas acerca de lo que es el derecho a la tutela jurisdiccional y de los procesos judiciales en el ámbito penal, civil o administrativo.

En primer lugar tenemos que decir que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental consagrado en el artículo 24º de la Constitución Española. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho en sí mismo y es el marco (junto con el respeto de los otros derechos fundamentales) al que debe responder todo proceso jurisdiccional (civil, penal, administrativo).

Por el derecho a la tutela judicial efectiva, todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, es decir que pueden acudir o acceder a ellos para garantizar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin en que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Además por este derecho, y según el artículo 24º de la Constitución, todas las personas tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a la asistencia de un abogado/a, a ser informado/as en su caso de la acusación formulada contra ello/as, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa; a no declarar contra sí mismo/as, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

6.1. Proceso Penal

6.1.1. Marco teórico

En el ejercicio del monopolio de la fuerza legítima, el Estado establece las normas de derecho y los mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las mismas, sea por coacción o por convencimiento. Una de las ramas del derecho es el derecho penal que está concebido como la última ratio, es decir como el último de los mecanismos jurídicos que debe utilizar el Estado para hacer cumplir sus normas, esto porque se entiende que el derecho penal aunque tiene un propósito rehabilitador, tiene también un aspecto sancionador que afectan la libertad y el patrimonio de las personas.

En efecto, es el Código Penal el instrumento a través del cual se tipifican los delitos y se señalan las sanciones correspondientes para las personas responsables de los mismos. Tipificar es describir en el Código Penal, un acto (acción u omisión) que se entiende, vulnera un bien jurídico especialmente protegido por ser fundamental para la vida social: la vida, la integridad física y mental, la libertad sexual, la propiedad, etc. Entonces esta conducta es descrita como antijurídica y punible, por lo cual, si alguna persona comete en los hechos la conducta descrita (delito o falta) se le impondrá una sanción que generalmente afectará su propia libertad o su propiedad.

Para imponer una sanción por la comisión de un delito, es necesario que se haya ejecutado previamente un proceso judicial con las garantías correspondientes, en el que se haya probado que dicha persona cometió el delito o falta, con dolo (es decir, con la conciencia y voluntad de cometerlo) o en ciertos supuestos, con negligencia o imprudencia.

En este apartado trataremos del delito de lesiones en el supuesto de un caso de transmisión de VIH, debido a las constantes consultas de personas seropositivas. El delito de lesiones está tipificado en el artículo 147º del Código Penal:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617⁴⁷ de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

Este artículo señala que cualquier persona que cause a otro una lesión que perjudique la integridad personal o su salud física o mental, será castigada con prisión de seis meses a un año, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

El artículo 148 establece las circunstancias agravantes del delito de lesiones, sancionando a quien lo cometa, con pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado o al riesgo producido:

⁴⁷ Artículo 617 del Código Penal Español: “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días”.

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Para poder accionar ante los tribunales a fin de iniciar un proceso que lleve a la sanción del/la responsable, es preciso denunciar el hecho del artículo 147 del Código Penal, dentro de un periodo determinado: dentro de los tres años posteriores a la comisión del delito, de lo contrario la persecución penal prescribe. En el caso del tipo agravado, al aumentar la pena también aumentará el plazo de la prescripción⁴⁸.

Este proceso se inicia con una denuncia o querrela ante el Ministerio Público correspondiente, como pueden ser las comisarias policiales más cercanas. Es recomendable denunciar el acto desde que se tenga conocimiento de su comisión y no esperar hasta casi el vencimiento del plazo de prescripción, esto a fin de obtener pruebas e instrumentar el caso.

La culpabilidad del/a acusado/a tendrá que ser demostrada ante un tribunal y la carga de la prueba la tiene la parte acusadora.

6.1.2 Casos Prácticos

a) ¿Qué se puede hacer cuando una persona transmite a otra el VIH a sabiendas que tiene VIH y lleva a cabo prácticas de riesgo?

Aquí tenemos que analizar distintos supuestos. El primero, si la persona seropositiva había informado de su enfermedad a quien mantuvo relaciones sexuales con ella, ésta conducta no será delictiva aunque se produzca la transmisión del VIH. Ello es así porque el Código Penal no castiga la conducta de quien se autolesiona o consiente en autolesionarse y por tanto si éstas conductas no son punibles, tampoco lo es la de quien contribuye a una acción no-delictiva como lo es la autolesión. Así pues, si lo más grave (la participación dolosa en una autolesión dolosa consentida) no se castiga, con mayor motivo no se puede castigar la participación imprudente -del seropositivo- en una autolesión imprudente consentida -la de quien se auto-expone a la transmisión del VIH al tener relaciones sexuales con una persona de la que sabe que padece esa enfermedad-.

Cabe mencionar que el Código Penal de 1995 suprimió un tipo penal que castigaba el solo hecho de poner en peligro la salud pública, era lo que se llamaba un delito "de

⁴⁸ Artículo 131º del Código Penal Español.

peligro abstracto". Con el actual Código, sólo si hay lesiones puede perseguirse ese tipo de conductas.

Segundo supuesto: si la persona, a sabiendas que es seropositiva oculta su condición de tal a la pareja sexual, realiza prácticas de riesgo y le transmite el VIH, entonces aquélla estaría cometiendo un acto de lesiones punible según el Código Penal, ya que esta última no era consciente de la dimensión del riesgo al que se sometía y por lo tanto su consentimiento de realizar prácticas de riesgo no es válido ya que no fue informado. Y es que el consentimiento sólo es valido cuando quien lo presta lo hace libre, consciente y previamente informado.

Así pues, la persona seropositiva debe responder por un delito de lesiones si ha ocultado su enfermedad a la persona con quien tiene un contacto sexual y le transmite el virus. En este mismo sentido, el de la responsabilidad penal por un delito de lesiones de quien, silenciando que es seropositivo, transmite sexualmente el VIH, y el de responsabilidad civil (pago de indemnización por daños y perjuicios) se ha pronunciado la jurisprudencia española, en las sentencias de la Audiencia Provincial Tenerife de 20-1-1996, confirmada posteriormente por la del Tribunal Supremo de 28-1-1997, y de la Audiencia Provincial Madrid de 2-1-2004, confirmada por el auto del Tribunal Supremo de 15-9-2005.

Podría darse el caso de que frente a un resultado incierto, se alegara que la persona seropositiva ha intentado perjudicar intencionalmente la salud y afectar la integridad física de otra produciéndole daños de tipo moral, al haber realizado con ella prácticas de riesgo, a sabiendas de su estado serológico y sin habérselo comunicado. Eso lo debería valorar un abogado después de estudiar las circunstancias del caso y a la vista de demandar las indemnizaciones correspondientes.

6.2. *Proceso Civil*

6.2.1. Marco teórico

El derecho civil regula los intereses privados y las relaciones entre particulares (personas naturales y/o jurídicas) como matrimonio, filiación, sucesiones, obligaciones, contratos, indemnizaciones, propiedad, posesión, entre otros. Los procesos judiciales civiles tienen por objeto la declaración de un derecho o la resolución de los conflictos de derecho privado. Estos procesos se inician con la interposición de la demanda de una parte contra la otra.

Una parte del derecho civil regula la responsabilidad extracontractual de las personas, es decir las reparaciones (donde se incluyen las indemnizaciones) que una persona (natural o jurídica) debe realizar en beneficio de otra en razón de haberle causado daños o perjuicios de tipo material, psicológico o moral, sin necesidad de que exista o haya existido entre ellas un contrato previo.

Cuando una persona considera que se le ha causado un daño, puede acudir a los Tribunales interponiendo una demanda a fin de que el daño causado le sea resarcido o reparado. Resarcir a la víctima implica por lo general, el pago de una indemnización por la responsabilidad que se desprende de dicha lesión. Como bien lo establece el Código Civil Español en su artículo 1902:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

La obligación de resarcimiento que tiene el causante del daño es una indemnización económica que será dictaminada por un juez según la evaluación que éste haga del daño causado.

6.2.2. Caso Práctico

a) ¿Qué hacer ante una negligencia médica de colocarle sustancias a una persona que no ofrecen buenos resultados para una lipodistrofia facial?

Ante esta situación lo primero es asignar un abogado para que este evalúe según las circunstancias, si hubo o no, culpa o negligencia, por parte del médico que practicó la lipodistrofia.

En caso de la existencia de un daño físico o moral se puede proceder una demanda en Responsabilidad Civil Medica, para que sea indemnizado por el daño causado.

b) ¿Es necesario establecer la condición serológica de una persona en un juicio de custodia de un menor?

No, la condición de la serología no es un aspecto relevante a la hora de consignar la patria potestad de un menor a uno de sus padres, para ello se deben evaluar otros aspectos. Establecer la serología de una persona en un juicio sobre patria potestad o custodia de un hijo/a sería una práctica claramente discriminatoria más aún si se difunde esta información entre familiares y amigos, vulnerándose además su derecho a la intimidad personal. La/s persona/s que disponen de un informe de salud en el que conste el estado serológico de otra está obligado a respetar la confidencialidad sobre el mismo.

Así lo establece la 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, conforme a los cuáles se consideran intromisiones ilegítimas en la intimidad:

7.3: “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”.

7.4: “La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.

Asimismo, el artículo 7 de la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación clínica, establece el derecho de las personas y la obligación de los centros sanitarios, de respetar y garantizar el carácter confidencial de los datos de salud, requiriéndose para ello el consentimiento de la persona interesada:

“1. Toda persona tiene derecho 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.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

Retomando el caso anteriormente planteado, en el que ha se intentó utilizar el estado serológico de uno de los padres a fin de que no obtenga la custodia de su/s hijo/as; éste es un hecho denunciante incluso ante el Colegio de Abogados por práctica indebida.

Por otro lado, la condición serológica de una persona no puede ser motivo para negarle el derecho de visitar a su hijo/a. Si se le negara este derecho, la persona afectada puede solicitar al juzgado correspondiente el establecimiento o el cumplimiento del régimen de visitas.

6.3. *Proceso Administrativo*

6.3.1. Marco teórico

El derecho administrativo es el que regula la actuación de la administración del Estado, la actuación de los servicios del Estado en el ejercicio de sus competencias, en todas sus instancias y áreas territoriales y funcionales⁴⁹, y las relaciones entre las distintas instancias estatales y entre éstas y lo/as ciudadano/as. El proceso administrativo debe garantizar el correcto funcionamiento, la legalidad de los actos de la administración y el respeto de los derechos de las personas frente al Estado.

La administración pública en el tratamiento y protección de las personas con VIH/SIDA tiene como funciones satisfacer servicios básicos y propender a la eficacia de las prestaciones.

Es posible que en la entrega del servicio se produzcan algunas anomalías que podrían vulnerar derechos e intereses de particulares que se encuentran amparados por el servicio público. Para ello existen medios de impugnación contra las administraciones, cuando estas afectan el acceso o la prestación del servicio público.

Desde el punto de vista jurídico cada actuación significativa de la administración recibe el nombre de Acto Administrativo. Para ser válido, éste acto debe cumplir ciertas condiciones de legalidad material y de formalidad. El Acto Administrativo puede ser impugnado (si se considera que no cumple con las condiciones materiales y/o formales), ante la propia administración mediante distintos recursos y niveles. Estos son el recurso de alzada, el recurso de reposición y el recurso extraordinario de revisión.

El recurso administrativo es en general, un medio de impugnación de un acto de la administración. Es distinto de otras medidas destinadas a poner en conocimiento de la autoridad administrativa otra irregularidad. NO son recursos administrativos las peticiones o solicitudes que no pretenden refutar un acto como el derecho de petición, quejas por mal funcionamiento del servicio o denuncias. El objeto de estos supuestos no es anular el acto administrativos, sino que la Administración adopte una conducta o una decisión ex novo, aunque suponga revisar el criterio seguido en otras decisiones. Es decir, estas medidas no intentan atacar el acto en sino que plantean a la autoridad un hecho que afecta una situación personal, la que debe corregir a través de un nuevo acto.

Es importante diferenciar entre proceso administrativo previo (proceso previo, vía previa o vía administrativa) y el proceso contencioso-administrativo. El proceso administrativo previo se lleva a cabo en la misma instancia administrativa o autoridades de la institución que emitió el acto ilegal o discriminatorio. El proceso contencioso administrativo se lleva a cabo ante los jueces y/o tribunales jurisdiccionales, según corresponda, y para ello es necesario agotar previamente la vía administrativa, salvo excepciones establecidas por la ley.

⁴⁹ Font Barrot, Alfred y José Luis Pérez Triviño. *El derecho para no juristas: una guía para entender el sistema jurídico*. Barcelona: Deusto, 2009. pp. 114

Una vez agotada la vía administrativa y no habiéndose obtenido respuesta favorable, es posible activar el aparato jurisdiccional para la defensa de la legalidad y los derechos impugnando las resoluciones de la administración mediante una acción contencioso-administrativa. Esta acción tiene por objeto controlar la legalidad de los actos de la administración. Para esta última instancia es obligatorio el ministerio de abogado.

6.3.2. Caso Práctico

a) ¿Puede una empresa distribuir un documento exigiéndole a sus trabajadores realizarse la prueba del “sida y tuberculosis” por mandato de la Seguridad Social?

En primer lugar se han de diferenciar los términos “Sida” y “VIH positivo”, de modo que en la hipótesis planteada, las pruebas corresponderían a las de detección del VIH⁵⁰. En segundo lugar, para que esto ocurra, es necesario contar previamente con una autorización de la Seguridad Social para realizar un reconocimiento médico a los trabajadores. Pero aún así, lo/as trabajadore/as han de prestar expresamente su consentimiento informado para que se les realicen las pruebas para la detección del VIH.

En el caso de que se hubiera prestado consentimiento expreso para la realización de las pruebas, la comunicación de los resultados positivos sólo podría hacerse mediando consentimiento del/la trabajadora. La condición de seropositivo no puede convertirse en ningún caso, en argumento para la pérdida del empleo ni para el cambio en las condiciones de trabajo si las labores a ejecutarse no implican un riesgo real de transmisión a terceros ni de afectación a la salud del/la trabajador/a.

Ante estas situaciones se puede solicitar ayuda y orientación a las organizaciones no gubernamentales que trabajan el tema a fin de que brinden asesoramiento y ayuden a reparar esas situaciones de discriminación y mal manejo en asuntos administrativos. Además se puede enviar una carta a la Seguridad Social comunicando y denunciando dicha irregularidad, y esta institución procederá a una inspección.

b) ¿Qué hacer ante la negativa de ingresar a una persona VIH positiva en un Centro de Salud?

Si se trata de un centro privado, se debe presentar una queja por escrito al responsable del centro y al médico o enfermera causante del daño. Si no se queda conforme porque no corrigen su actitud, se debe rellenar la hoja oficial de reclamaciones. También son pertinentes, la denuncia ante el Juzgado de guardia de la localidad y ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma.

⁵⁰ Sida y VIH no son términos sinónimos. Ser seropositivo implica que el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) está en el cuerpo de una persona, en estado latente. Haber desarrollado el Sida (Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida), es el desarrollo del virus en determinadas enfermedades como pueden ser hepatitis, tuberculosis, entre otras. El uso específico de los dos términos es necesario, ya hace que, confunde una situación de la otra, siendo más difícil explicar la forma en que se transmite el VIH y las diferentes etapas de la infección. El término “Sida” sólo debe utilizarse cuando sea necesario referirse a la “etapa avanzada de la infección por VIH”.

Si se tratara de un centro público, en el caso de atención primaria, se debe rellenar la hoja de reclamaciones en el centro de salud o dirigirse a la inspección médica del centro. En el caso de un centro hospitalario se deberá acudir al servicio de atención al paciente del hospital. También se puede denunciar el hecho ante la gerencia del centro hospitalario, ante el Juzgado de guardia de la localidad y ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma.⁵¹

A efectos de las reclamaciones y denuncias correspondientes, es recomendable relatar los hechos de la forma cronológica, lo más claro y preciso que sea posible. Asimismo, recodar pedir copia con fecha y sello de todos los escritos y reclamaciones presentados así como, recopilar toda la información posible del/la paciente, como su historia clínica, los informes efectuados, la opinión de otros profesionales, fotografías del trato recibido, etc.

Tanto en caso de ser un centro público o privado, recordar que el artículo 196 del Código Penal tipifica el delito de omisión al deber de socorro: *“El profesional que estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono del servicio se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente, en su mitad superior y con la inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a tres años”*.

Debe tenerse en cuenta en estos casos que se puede solicitar una entrevista con la persona responsable de la Administración, el/la Jefe/a de Servicio de Coordinación Administrativa y Gestión Económica del Área de Salud (responsable de las derivaciones de los y las pacientes) o con el/la directora/a de la clínica.

También es posible enviar cartas informativas a las autoridades competentes en la materia de salud como la Dirección General de Salud Pública del Gobierno, la Dirección del Servicio de Salud, la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno, el Cabildo, el Ministerio de Sanidad y Política Social, la Secretaría del Plan Nacional del Sida y demás instituciones relacionadas con el tema.

Si el caso no es resuelto por estas vías, se puede acudir a la instancia contenciosa-administrativa, ante un tribunal competente a fin de reivindicar el derecho vulnerado y para que sancionen estos actos de discriminación.

⁵¹ Apoyo Positivo. En: <http://www.apoyopositivo.org/preguntas/archivo/26071.html> (Consulta 23 de abril de 2010).

6.4. Extranjería e Inmigración y VIH

6.4.1. Marco teórico

Las personas inmigrantes afectadas por el VIH en España representan ya un porcentaje considerable de la población afectada por la enfermedad. Es importante mencionar que las corrientes migratorias no son la causa del origen del virus, ni de su mantenimiento ni de su propagación⁵² ya que la gran mayoría de los casos corresponden a población originaria del territorio nacional, según datos del Instituto Nacional de Estadística.

Las personas inmigrantes que viven con VIH/SIDA pueden acudir a los centros hospitalarios públicos para recibir los cuidados y servicios concernientes a esta enfermedad, sin importar sus condiciones legales de migración. A efectos de otorgarles asistencia continua y el seguimiento de un determinado tratamiento, deberán contar con el número de la Seguridad Social que le asignan desde que la persona está empadronada en España. Para el empadronamiento en los respectivos ayuntamientos, no es necesario contar con permiso de residencia.

En cualquier caso, la falta de documentación no debe ser obstáculo para que se les brinde la atención requerida en los casos de emergencia.

6.4.2. Casos Prácticos

a) ¿Qué debe hacer una persona extranjera en situación irregular en España y que está en tratamiento antirretroviral, para no ser expulsada?

Lo que se puede hacer es solicitar una autorización de residencia temporal por razones humanitarias. En efecto, el artículo 45.4.b del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, señala que se podrá conceder esta autorización a lo/as extranjero/as que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.

Cabe mencionar que la autorización de residencia por razones humanitarias lleva aparejada una autorización de trabajo. Así también, en virtud de su carácter excepcional, estas autorizaciones así como sus renovaciones tendrán una vigencia de un año.

⁵² Instituto Nacional de Estadística. Avance del Padrón Municipal a 1 de enero de 2008. Citado por *Situación epidemiológica del VIH/SIDA en inmigrantes*. Secretaría del Plan Nacional sobre el sida y el Ministerio Público de Sanidad y Política Social. Agosto 2009.

Por su parte, el artículo 34.3 Ley Orgánica 4/2000⁵³, señala que la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión.

Un aspecto relevante para estos casos es que si la persona demuestra que ha contraído el VIH en territorio español, éste es motivo suficiente para iniciar un trámite de autorización de residencia por razones humanitarias. Adicionalmente se ha de alegar que en la práctica no es posible acceder de manera efectiva a la asistencia sanitaria especializada en el país de origen y que el hecho de la interrupción del tratamiento o su supresión supone un riesgo grave para la salud o la vida de la persona.

b) Una persona tiene permiso de residencia en España, pero está detenida en otro país de la Unión Europea, ¿Qué hacer para no ser deportado y poder continuar con su tratamiento, ya que en su país de origen no se dan las condiciones para seguirlo?

Al encontrarse en la jurisdicción de otro Estado, tendrían que evaluarse las leyes penales, constitucionales e internacionales del país de la UE en el cual se encuentra detenida esta persona para poder tener un criterio más acertado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prohibió en su momento la deportación de personas seropositivas que disfrutaban del acceso al tratamiento en Europa, cuando en sus países de origen no fuera posible disponer del mismo. Para poder obtener este beneficio deberá probar que en su país de origen no existen los medios ni condiciones para la continuación eficaz del tratamiento

⁵³ El artículo 34.3 de la Ley Orgánica 4/2000 dice: “La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951”.

6.5. Niño/as y VIH

6.5.1. Marco teórico

Para el derecho y según la Convención sobre los derechos de la infancia, son niños y niñas, los seres humanos desde su nacimiento hasta los 18 años. La Convención aprobada en 1989 por Naciones Unidas, los niños y las niñas pasan de ser considerados meros objetos de derecho a ser sujetos de derecho, es decir titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales⁵⁴.

Esto quiere decir de que ello/as gozarán de todos los derechos que corresponden a cualquier persona, y aunque se considera que siguen estando en situación de especial vulnerabilidad y por ello se les otorga una protección especial destinada a la promoción del libre desarrollo de su personalidad (reminiscencia de la anterior concepción asistencialista respecto a la infancia), se reconoce que son personas con capacidades y que han de ser tratado/as como ciudadano/as de su sociedad. Es decir que niños y niñas son considerados para el derecho como protagonistas de su propio desarrollo vital, de sus propios proyectos de vida⁵⁵.

España ha ratificado esta Convención y por tanto la ha incorporado a su ordenamiento jurídico con efectos vinculantes, es decir, que el Estado en sus distintas instancias debe llevar a cabo las medidas necesarias para la promoción y vigencia de los derechos de niños y niñas tanto a nivel legislativo como de políticas públicas. Al ser un tratado sobre derechos humanos esta obligación también rige para las relaciones entre particulares.

Hay dos principios fundamentales que destacan en la Convención: el interés superior del niño y el de participación, ambas destinadas a que niños y niñas puedan desarrollar su personalidad y tener una participación activa como ciudadano/as. Por ello debe garantizarse en lo posible, que sean los propios niños y niñas quienes ejerciten sus derechos y por tanto puedan diseñar sus propios planes de vida, actuar para su efectiva consecución y participar activamente en sus sociedades⁵⁶.

6.5.2 Casos Prácticos:

a) ¿Se podría realizar la prueba del VIH a un menor de edad a pesar de que sus padres o tutores se nieguen o no den la autorización?

La prueba de detección del VIH puede hacerse a menores, siempre y cuando sus representantes legales (sus padres, bien de forma individual o de forma conjunta, o la persona o personas que ostenten su tutela) lo soliciten y autoricen⁵⁷. Si el menor tiene 12

⁵⁴ CAMPOY CERVERA, Ignacio. *Convención sobre los derechos del niño: reflexiones a los veinte años de su aprobación*. p. 2. En: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/nov09/convencion.pdf> (Consulta: 24 de abril de 2010).

⁵⁵ CAMPOY CERVERA, Ignacio. Opus cit. p. 3

⁵⁶ CAMPOY CERVERA, Ignacio. Opus cit. p. 3-4

⁵⁷ Artículo 9.3.c de la 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.

años cumplidos, el representante legal deberá previamente escuchar la opinión del menor.

En el caso de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, es decir, el menor será quien manifieste su consentimiento. En caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Sin embargo, la persona mayor de edad, que no sea representante del menor pero que tiene interés en la realización de esta prueba y que ha detectado una situación de riesgo que afecta al menor de edad, está legitimada por el artículo 13.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁵⁸ a comunicar el hecho a las autoridades competentes que adopten las medidas oportunas de protección de los derechos del menor. Por ejemplo puede comunicar al Ministerio Fiscal o los Servicios de Atención al Menor de su Comunidad Autónoma o la Defensoría del Menor, la situación de riesgo creada por la negativa de los padres a que se realice la prueba de detección de anticuerpos frente al virus; esto en función al principio de interés superior del niño/a que se concreta en la protección de su derecho a la salud, a la integridad física y a la vida.

b) ¿Puede una persona VIH positivo solicitar la adopción de un/a niño/a?

Sí, las personas seropositivas pueden adoptar un niño/a. Dentro de los requisitos que se exigen en España para la idoneidad del solicitante se evalúan aspectos psicosociales como por ejemplo, actitud y comportamiento durante las entrevistas, perfil individual de cada uno de los solicitantes, historia de pareja y relación actual, capacidades educativas, estilo de vida familiar; actitud hacia la familia de origen y el pasado del niño, salud física y cobertura sanitaria, situación económica y laboral, características de la vivienda y su entorno. Si se cumple con estos requisitos básicos, no habría motivo para una negativa. Si se cuenta con un estado serológico estable, no habría razón para la denegación.

Reflexiones finales

Actuar contra la pandemia del VIH/SIDA no es sólo una cuestión médica y de salud pública sino que es también una cuestión de derechos humanos ya que desde el inicio ha tenido implicaciones sociales que tienen como centro el estigma y la discriminación, afectando la calidad de vida y la dignidad de las personas seropositivas y las políticas públicas de salud.

Por esta razón, potenciar las habilidades de las personas con VIH y sus asociaciones con conocimientos jurídicos es indispensable en la tarea de detener el avance de la pandemia

⁵⁸ Artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva: 1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”.

tanto a nivel sanitario como respecto de la discriminación y las condiciones sociales que generan contextos de mayor vulnerabilidad. La realización y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con VIH/SIDA en específico, y de todo/as en general es indispensable para reducir la vulnerabilidad a la enfermedad y tomar las medidas necesarias en el ámbito de la salud pública.

Como ya hemos señalado, el presente documento pretende ser una guía de orientación básica para la actuación frente a posibles casos de discriminación por razón de VIH/SIDA. En este sentido, hemos querido brindar información teórica sobre el tema de la discriminación por VIH-SIDA a fin de llegar a discernir, en qué casos nos encontramos frente a un caso de discriminación y en qué casos no y presentar algunos de los instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico Español brinda y algunas pautas de actuación frente a posibles casos de discriminación en distintas áreas de actividad especialmente sensibles en la experiencia cotidiana de las personas con VIH.

Es por ello que hemos visto necesario explicar los argumentos jurídicos (plasmados en la Constitución y otras normas legales) por los cuales cualquier persona con VIH/SIDA tiene el derecho de accionar ante las instancias gubernamentales en sus distintos niveles a fin de hacer valer sus derechos fundamentales. Así pues, desde la perspectiva de los derechos humanos, los derechos son instrumentos jurídicos que responden a exigencias éticas de dignidad de las personas, en este caso, de las personas con VIH/SIDA.

Reconociendo la necesidad de cuestionar en la práctica cotidiana el tema de la discriminación por VIH/SIDA y la obligación de las instancias gubernamentales de garantizar y hacer cumplir los derechos fundamentales de toda/os, es preciso incidir en la actuación concreta de funcionarios públicos, personal sanitario, instituciones de financieras y de seguros, operadores del derecho, sindicatos y patronales, entre otros; llevando a cabo una labor de información, vigilancia y control respecto al cumplimiento de sus obligaciones legales en temas de igualdad y no discriminación.

En este sentido es absolutamente necesario que las instancias gubernamentales en todos sus niveles y las asociaciones de personas con VIH/SIDA, velen y actúen de forma concreta a fin de que las prácticas discriminadoras contra las mismas no se produzcan. Para ellos es necesario, entre otras cosas, promocionar y garantizar que el Protocolo ONUSIDA 2001 para la identificación de discriminación contra las personas con VIH/SIDA, se conozca y se cumpla en organismos y organizaciones o grupos públicos y privados. En la práctica esto implica fomentar la adopción de reglamentos o protocolos internos en los órganos y organismo públicos y privados de toda índole, que prevean el modo de actuación con las personas con VIH/SIDA donde fuese necesario y/o relevante.⁵⁹

⁵⁹ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Opus cit. p. 125.

Asimismo, se hace necesario exigir que los reglamentos y/o protocolos internos consten por escrito y sean de acceso público pues esta es la única forma posible por la que es posible controlar el cumplimiento de los mandatos antidiscriminatorios tanto a nivel de la justicia formal como respecto de la justicia material o real y la legalidad de sus contenidos. Esta labor de promoción requiere además de medidas de apoyo a las instituciones (lugares de trabajo, centros sanitarios, centros escolares, etc), para el desarrollo de políticas contra la no discriminación por razón de VIH/SIDA.⁶⁰

En toda esta labor es fundamental el protagonismo y el trabajo de las asociaciones y organizaciones de las personas con VIH/SIDA no sólo en el campo del accionar jurídico sino también en el accionar político, en su lucha contra la discriminación y el estigma social, desarrollando actividades de divulgación e información sobre la enfermedad, su transmisión, sus implicaciones sociales, etc.⁶¹

En efecto, las medidas legales y políticas señaladas en este documento son instrumentos necesarios para la eliminación de la discriminación por razón de VIH/SIDA. Sin embargo debemos decir que la definitiva eliminación de las prácticas discriminatorias depende de un cambio radical de actitudes a través del desarrollo de programas educativos que transformen la forma de valorar a las personas, la forma de valorar a las personas enfermas, a las personas con discapacidad y en general, a la planificación y el desarrollo de estrategias de educación para la convivencia, en términos de una ciudadanía inclusiva, solidaria y respetuosa de las diferencias, que no deje fuera las especificidades y necesidades de las personas sino que más bien las incluya.

El VIH – SIDA como cuestión de derechos humanos

⁶⁰ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Opus cit. p. 125.

⁶¹ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. *Discriminación y VIH/SIDA 2005. Estudio FIPSE sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA*. Opus cit. p. 125.

Contenido

	Pág.
1. Discriminación por VIH/SIDA como cuestión de derechos humanos	1
1.1. Los derechos humanos como exigencias éticas de dignidad	3
1.2. Discriminación y VIH/SIDA: conceptos básicos	4
1.2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación	4
1.2.2. Concepto de discriminación en el Derechos Antidiscriminatorio	5
1.2.3. VIH, perspectiva de género y de derechos humanos	8
1.2.4. Derecho a la intimidad, protección de datos, confidencialidad de la Información y VIH	10
2. Aspecto salud	11
2.1. Asistencia sanitaria	11
2.1.1. Marco teórico	11
2.1.2. Casos prácticos	11
3. Acceso a los seguros	14
3.1. Seguros de vida y seguros de salud	14
3.1.1. Marco teórico	14
3.1.2. Líneas de acción para el tratamiento de la situación de las personas con VIH en el acceso a los servicios de seguros y otros servicios financieros conexos (seguros de vida y seguros de salud)	15
3.2. Seguros hipotecarios	18
3.2.1. Marco teórico	18
3.2.2. Casos prácticos	19
4. Aspecto laboral	20
4.1. Reconocimiento médico laboral	20
4.1.1. Marco teórico	20
4.1.2. Casos prácticos	21
4.2. Discapacidad por VIH y acceso al empleo	25

4.2.1. Marco teórico	25
4.2.1.1. Personas con discapacidad	25
4.2.1.2. Certificado de minusvalía	27
4.2.2. Casos prácticos	29
4.3. Diagnóstico VIH positivo durante la vida laboral	31
4.3.1. Marco teórico	31
4.3.2. Casos prácticos	31
5. Seguridad social	34
5.1. Marco teórico	34
5.2. Casos prácticos	35
6. Aspecto legal: Justicia y procesos judiciales	37
6.1. Proceso penal	37
6.1.1. Marco teórico	37
6.1.2. Casos prácticos	39
6.2. Proceso civil	41
6.2.1. Marco teórico	41
6.2.2. Caso práctico	41
6.3. Proceso administrativo	43
6.3.1. Marco teórico	43
6.3.2. Casos prácticos	44
6.4. Extranjería e inmigración y VIH	46
6.4.1. Marco teórico	46
6.4.2. Casos prácticos	46
6.5. Niños, niñas y VIH	48
6.5.1. Marco teórico	48
6.5.2. Casos prácticos	48
Reflexiones finales	49