

CÁTEDRA DECADE
CLÍNICA LEGAL

INFORME DE LAS CONSULTAS RECIBIDAS EN LA CLÍNICA LEGAL CESIDA-UAH 2019-2020

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Director Cátedra DECADE-UAH

Paulina Ramírez Carvajal

Investigadora Cátedra DECADE-UAH

Financiado por



MINISTERIO
DE SANIDAD, CONSUMO
Y BIENESTAR SOCIAL

SECRETARÍA GENERAL
DE SANIDAD Y CONSUMO

DIRECCIÓN GENERAL
DE SALUD PÚBLICA,
CALIDAD E INNOVACIÓN

SECRETARÍA
DEL PLAN NACIONAL
SOBRE EL SIDA

INTRODUCCIÓN

En estas páginas se presenta una mínima porción de las 286 consultas que han llegado a la Clínica Legal organizada conjuntamente por CESIDA y la Universidad de Alcalá (UAH). Comprende el período de 12 meses que va desde el 1 de abril de 2019 hasta el 31 de marzo de 2020.

A través de las 286 consultas puede observarse cuáles son los principales problemas, preocupaciones, miedos y deseos de las personas con VIH en España. No son muy diferentes de los del resto de la población, ni de los del resto de las personas con enfermedad crónica, ni de los del resto de las personas con discapacidad; pero ellas y ellos viven su condición de salud de una manera diferente porque, como bien dice María José Fuster, sus derechos y libertades los viven y sienten como verdaderas obligaciones. No disfrutan de su intimidad personal, sino que están obligados a guardar celosamente un secreto que, en caso de que se descubra, puede ir acompañado de situaciones de discriminación, violencia y aislamiento. A todas y cada una de ellas, a las asociaciones que representan sus intereses y al personal sanitario que les atiende queremos agradecerles la confianza puesta en la Clínica Legal de la UAH.

El trabajo en la Clínica Legal no sería posible sin el esfuerzo incansable de los y las estudiantes de Grado y Posgrado jurídicos de la Universidad de Alcalá y de los y las profesores que les tutorizan. Sin Paulina, Berta, Eduardo, Alina, Marival, Raquel, Carmen, Cristina, Soraya, Iñaki, Nacho, Irene, Gloria, María, Mónica, Alfonso, Miguel Angel, Alejandra, Juan, Coral, Andrea, Jennifer, David, Esther, Inés, Paco, Patricia, Paula, Raquel, Emilio, Álvaro, Sandra, María, Marta, Juan, José-Zamyr y alguna otra persona que quizás se nos pase, este proyecto de Aprendizaje-Servicio no sería posible.

1. ¿UN AÑO PERDIDO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPUESTA AL VIH BASADA EN LOS DERECHOS?

2019 no ha sido un año perdido en la construcción de la respuesta al VIH basada en los derechos pues ha habido algunos hitos reseñables, como la inclusión de la profilaxis pre-exposición (PrEP) entre los medicamentos financiados en el Sistema Nacional de Salud (SNS) con cargo a fondos públicos o la convocatoria de oposiciones a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sin la exclusión automática de las personas con VIH, pero éstos han sido más fruto de la inercia del impulso dado en 2018 que por un desarrollo de las medidas contenidas en el Pacto Social por la Igualdad de Trato y la No Discriminación Asociada al VIH.

La construcción de una respuesta al VIH basada en los derechos se ha visto lastrada por la interinidad del Gobierno, con la celebración de elecciones generales en abril y noviembre de 2019, que ha acabado trasladándose a la Administración, afectando a la puesta en marcha de las diferentes medidas que componen el Pacto Social. Según se refleja en la página web del Congreso de los Diputados, a lo largo de 2019 sólo se han aprobado 3 leyes orgánicas y 4 leyes ordinarias frente a 18 Reales Decretos-Ley, lo que prueba la excepcionalidad de la situación jurídico-política vivida en España. A nivel autonómico tampoco cabe destacar ningún avance significativo a nivel normativo. Es ahí donde la ausencia de avances sea quizás más clamorosa pues muchas de las medidas incluidas en el Pacto Social son competencia de las Comunidades Autónomas. Y para acabar de remachar la excepcionalidad, el 14 de marzo de 2020 se tuvo que declarar el estado de alarma debido al brote de un nuevo coronavirus, denominado SARS-Cov-2 que causa la enfermedad conocida como COVID-19, que ha sido declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud.

La ausencia de desarrollo del Pacto Social y la inactividad de las Comunidades Autónomas puede observarse en el hecho de que en 2019 se siga manteniendo la exclusión de las personas con VIH en las oposiciones de acceso a las policías municipales o en la obtención de la licencia de taxi en algunas ciudades. La falta de continuidad de las medidas adoptadas en 2018 se muestra en la consulta UAH-2020-3 pues las personas con VIH siguen estando excluidas en las oposiciones de acceso a la Policía Municipal de Madrid, a pesar del Acuerdo del Consejo de Ministros, publicado el 20 de febrero de 2019 en el Boletín Oficial del Estado. Mediante dicho Acuerdo se eliminaba el VIH de las causas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público, de modo que la medida se aplicaba a todas las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, convocadas con posterioridad a la fecha de adopción del Acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la Oferta de Empleo Público del año 2019, adaptándolas a la evidencia científica en el momento de la convocatoria, debiendo emitirse un dictamen por el órgano facultativo correspondiente y sin perjuicio de la superación de las pruebas selectivas en cada caso. De igual forma, mediante el Acuerdo se pretendía limitar el VIH de las causas de exclusiones médicas exigibles en todas las convocatorias de pruebas selectivas de Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos

de Seguridad del Estado, que se convocasen con posterioridad a la fecha de adopción del presente Acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la Oferta de Empleo Público del año 2020, adaptándolas a la evidencia científica en el momento de la convocatoria, debiendo emitirse un dictamen por el órgano facultativo correspondiente y sin perjuicio de la superación de las pruebas selectivas en cada caso.

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

-. Mujer con VIH que tiene carga viral indetectable gracias al tratamiento antirretroviral se está preparando la oposición para acceder a la Policía Municipal de Madrid. Solicita que le aclaremos si su condición de salud puede suponer una causa de exclusión.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- . España. Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Boletín Oficial del Estado, de 14 de marzo de 1986, núm. 63.
- España. Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 24 de abril de 1986, núm. 96. Boletín Oficial del Estado, de 3 de septiembre de 1986, núm. 2011.
- . España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado, de 12 de enero de 1996, núm. 11.
- . España. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Boletín Oficial del Estado, de 14 de julio de 1998, núm. 167.
- . España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, núm. 236.
- . España. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado, de 31 de octubre de 2015, núm. 261.
- . España. Decreto de 18 de diciembre de 2019 de la Delegada del Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias por el que se aprueban las bases por las que se regirá la convocatoria de pruebas selectivas para proveer, por concurso oposición

libre, plazas de Policía del Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid. Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid, de 23 de diciembre de 2019, núm. 8548.

-. España. Resolución de 23 de diciembre de 2019 del Coordinador General de Seguridad y Emergencias por la que se convocan plazas para el acceso a la categoría de Policía del Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid. Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid, de 30 de diciembre de 2019, núm. 8551.

-. España. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público. Boletín Oficial del Estado, de 20 de febrero de 2019, núm. 44.

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

-. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 81/1992, de 28 de mayo.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 3053/2013 (sala de lo contencioso administrativo, sección 7ª), de 26 de enero de 2015 (RJ 2015/620).

Respuesta fundamentada

Estimada usuaria:

En primer lugar, quería agradecerle la confianza depositada en mí como parte de la Clínica Legal de la UAH para resolver sus dudas. Gracias a su confianza, puedo seguir formándome para ser mejor abogada.

Es necesario aclarar, antes de nada, que la Orden de 30 de noviembre de 2018, en su artículo primero, elimina el VIH de las causas de exclusiones medicas exigibles al empleo público en 2019 pero, en 2020, especifica que se limitarán las causas de exclusiones medicas exigibles en todas las convocatorias de pruebas selectivas de Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que se convoquen con posterioridad a la fecha de adopción del presente Acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la Oferta de Empleo Público del año 2020, el VIH, adaptándolo a la evidencia científica en el momento de la convocatoria, sujeto al dictamen del órgano facultativo correspondiente y sin perjuicio de la superación de las pruebas selectivas en cada caso.

Ante esto, el art. 2 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad determina que son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación; los Cuerpos de Policía dependientes de las

Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales. Así, se debe tener en cuenta que el Cuerpo de Policía Municipal, es un cuerpo autonómico y no estatal, de acuerdo con el art. 51.1 del precepto legal anterior que dice que: “los municipios podrán crear cuerpos de policía propios, de acuerdo con lo previsto en la presente ley, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autonómica”. De esta manera, el Cuerpo de Policía Municipal no entra dentro de los Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por otro lado, esta norma de 2020 es una norma específica al referirse en concreto a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado mientras que la de 2019 es una norma general referida a todo el Empleo Público. En este caso, según en principio de jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico, la norma especial o específica prevalece sobre la ley general. Además, otra diferencia con el año 2019 es que, no elimina directamente al VIH de las causas de exclusiones, sino que va a limitarlas según la evidencia científica en el momento de la convocatoria. Así cabe aclarar que, la oferta de empleo público es aprobada, en su caso, por el Gobierno a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas, y cuando existan necesidades urgentes de incorporaciones de personal, el Gobierno podrá aprobar ofertas de empleo público para ámbitos administrativos específicos (Corporaciones Locales).

Respecto a esta evidencia científica de la que habla hay que señalar que, en la actualidad, el Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida, señala que “la infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social” y que la adopción de las medidas universales de prevención de la transmisión y los avances en el tratamiento de la infección permiten que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática (<1500 copias/mL) la transmisión prácticamente nunca se produce. Además, el sacrificio impuesto resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos; más si cabe cuando se tiene en cuenta la nueva evidencia científica sobre la relación y equiparación entre la indetectabilidad de la carga viral y la no transmisión del virus.

Centrándome en las bases específicas por las que se regirá la convocatoria de pruebas selectivas para proveer, por concurso oposición libre, plazas de policía del cuerpo de policía municipal del ayuntamiento de Madrid, hay que decir que su Anexo III, titulado “cuadro de exclusiones en relación a la aptitud psicofísica para el ingreso en la policía municipal”, establece en las exclusiones definitivas de carácter general, apartado 4.2, que: “Enfermedades agudas o crónicas de cualquier aparato o sistema con posible repercusión sobre las realizaciones específicas del puesto a que opta, o que puedan agravarse con el desempeño del mismo, incluyéndose como alteraciones del sistema nervioso las siguientes: Epilepsia, depresión, jaquecas, temblor de cualquier causa, alcoholismo, toxicomanías y otros procesos patológicos que dificulten el desarrollo de la función policial”. En este caso, al tratarse de una enfermedad crónica, el VIH se

encontraría entre estas causas de exclusión ya que, además, en ningún lado de las bases se especifica que no le puedan excluir por tener la enfermedad a pesar del progreso que se hizo con la Orden del Acuerdo de Ministros. Aunque también establece que, la enfermedad debe tener repercusión en el desempeño del cargo o que pueda agravarse debido al puesto. Así puede interpretarse que, si los facultativos que hacen el reconocimiento médico estiman que la enfermedad con su debido tratamiento no afecta a las funciones del Cuerpo de Policía Municipal, no tendrían por qué excluirla.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2015, establece que: “no se pueden imponer requisitos para acceder a la función pública que no sean referibles a los principios de mérito y capacidad. Hay que atenderse a la entidad real de la afección para tener por no apto a un aspirante, y en concreto, si afecta o no al desempeño de las funciones”. Es decir, a la hora de acceder a la función pública, se debe mirar caso por caso para excluir a una persona o no. Además, esta sentencia confirma la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 2008, la cual establecía que: “a la vista de las normas aplicables y, en particular, del artículo 22 de la Ley catalana 10/1994, de 11 de julio (LCAT 1994, 363, 531) , de la Policía de la Generalidad "Mossos d'Esquadra", entendió que la sola detección de una causa de exclusión no obliga a la Administración a excluir del proceso selectivo al afectado sin atender a su gravedad y a su incidencia en el desempeño de la función correspondiente a las plazas del cuerpo en que pretende ingresar.

Además, las bases de la convocatoria establecen, en sus requisitos generales, apartado i) que hay que acreditar la aptitud física precisa mediante la presentación, en la fecha y lugar de realización de las pruebas físicas, de un certificado médico extendido en impreso oficial y firmado por un colegiado en ejercicio, en el que se haga constar expresamente que la persona aspirante reúne las condiciones físicas y sanitarias necesarias y suficientes para la realización de las pruebas físicas. Este certificado médico no excluye de la obligación de someterse al preceptivo reconocimiento médico. Así podría intentar conseguir un certificado médico favorable a su condición para presentarse a las pruebas.

Respecto a este reconocimiento médico, las bases no dicen nada sobre la publicidad de los informes médicos, por lo que se entiende que, en todo, tendrán conocimiento los facultativos que realicen el reconocimiento médico y los miembros de tribunal calificador, pero no serán públicos para terceros. Su enfermedad no sería publicada en ningún otro sitio.

Dicho todo esto, nuestra recomendación es que se presente a la oposición y, además, que impugne las bases. De esta manera, contra el Decreto de 18 de diciembre de 2019 que pone fin a la vía administrativa podrán interponerse los recursos que se indican a continuación:

- Recurso potestativo de reposición, previo al contencioso – administrativo, ante el mismo órgano que dictó el decreto (Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias) en el plazo de un mes a partir del día siguiente a la fecha de notificación o publicación del presente decreto. En este caso, ya no estaría en plazo para interponerlo.
- Recurso contencioso administrativo ante el órgano competente de la jurisdicción Contencioso Administrativa, en el plazo de dos meses a partir del día siguiente a la fecha de la notificación o publicación del presente decreto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Este recurso es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa. Si desea interponer este recurso, es necesario advertirle que es necesaria la presencia de abogado y procurador y, además, de que puede solicitar la Asistencia Jurídica Gratuita, que le será concedida siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos para ello en el artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En el apartado, “otras fuentes documentales” le facilito un enlace con la información necesaria para solicitar la Asistencia Jurídica Gratuita.

En el caso de que, después del reconocimiento médico, le excluyan por su enfermedad, se estaría produciendo una vulneración de un derecho fundamental, protegido por nuestra constitución: el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El artículo 14 recoge este derecho estableciendo que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este precepto no recoge la discriminación por salud explícitamente, pero podemos considerar que, cuando se refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, podemos hablar de la salud, también. Así, puede interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contando para ello con un plazo de dos meses. En este último supuesto serían necesarios los servicios de un abogado y procurador debido a que va a recurrir ante un órgano judicial, no administrativo. De esta manera, se puede invocar la vulneración del derecho fundamental en la vía jurisdiccional con un sistema preferente y sumario. El art. 53.2 de la Constitución Española establece que “la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales ordinarios se instrumenta a través de un procedimiento especial y sumario. La STC 81/1992, de 28 de mayo, el Tribunal Constitucional aclara que “la preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir

a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios, sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a rapidez".

Así, también se puede considerar vulnerado el artículo 103.3 de la Constitución, el cual establece que: "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Es decir, el acceso a la función pública se asienta sobre los principios de mérito y capacidad, los cuales se refieren a la exigencia general de seleccionar a los empleados públicos valorando sus méritos académicos o profesionales y sus competencias para el servicio público. Por lo que, el VIH, tomando el tratamiento antirretroviral, no debería suponer un impedimento para acceder al empleo público.

Así mismo, en la Comunidad Valenciana, el VIH ya no es una causa de exclusión para acceder a los puestos de la policía autonómica, así que esperamos que, dentro de poco, esta circunstancia ya no sea un problema en Madrid.

Esperamos que la información le haya sido de utilidad. Si tiene alguna duda o consulta, no dude en ponerse en contacto con nosotros. Estaremos encantados de resolver sus dudas.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

Por su parte, en la consulta CESIDA-2019-229 pueden comprobarse los problemas que puede tener una persona con VIH para obtener la licencia de taxi en la ciudad de Madrid, aunque paradójicamente sí podría conducir un coche con licencia VTC. Aunque se podría hacer un determinado tipo de interpretación legal para considerar que el VIH no es una enfermedad infectocontagiosa o para considerar que la infección por VIH no imposibilita o dificulta el normal ejercicio de la profesión de conductor de autotaxi la redacción de la norma debería modificarse para no tener que acudir a instrumentos hermenéuticos, para aumentar la seguridad jurídica y, de esa manera, responder mejor al VIH desde los derechos.

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

- . Persona con VIH pregunta si la condición seropositiva impide ejercer la profesión de taxista.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Arts. 14, 18.1 y 4 y 119.
- . Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, del 2 de octubre de 2015, núm. 237. Arts. 114, 115, 121, 123 y 124.
- . Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274. Arts. 2.7, 3, 5.1, 7.
- . Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de julio de 1998, núm. 167. Arts. 26.1, 45 y 46.
- . Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11. Arts. 3, 6, 7, 12 y 13.
- . Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo. Arts. 2, 10, 31.
- . Ordenanza Reguladora del Taxi, BO. Comunidad de Madrid 13/12/2012, núm. 297. Arts. 6 y 28.

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

- . Sentencia del Tribunal Supremo 4307/2017 (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), de 28 de noviembre de 2017. FJ.3: "La interpretación literal o gramatical de las normas no es siempre la definitiva, que deba imponerse a las demás reglas hermenéuticas, pero constituye un necesario punto de partida, en la medida en que si nos alejamos del sentido propio de las palabras tendremos que explicar las razones que nos asisten para entender incluidos en los términos legales hipótesis no aparentemente presentes en ellos".
- . Sentencia del Tribunal Supremo 502/2001 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 de enero de 2001 (recurso 1566/2000). FJ 2 "Lo que caracteriza la prohibición de discriminación [...] es el factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena

eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.”

-. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional de 26 mayo de 2014 que resuelve el recurso 56/2002.

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

-. Pacto social por la no discriminación y la igualdad de trato asociada al VIH, de noviembre de 2018. «Favorecer la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con infección por el VIH. Asegurar que los certificados médicos no incluyan el estado serológico como un indicador del padecimiento de enfermedad infecto-contagiosa». Puede consultar este documento en el siguiente enlace:
<file:///C:/Users/usuario/Downloads/PACTO%20SOCIAL.pdf>

-. Regulación Uber y licencia VTC. Se puede consultar en los siguientes enlaces:
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Tramite_FA&cid=1109168967756&definicion=Autorizacion%20Licencia%20Permiso%20Carne&pagename=ComunidadMadrid/Estructura&tipoServicio=CM_Tramite_FA
<https://www.uber.com/es-es/drive/requirements/>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle que haya confiado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas legales. Ayudarle nos ha permitido aplicar nuestros conocimientos jurídicos fuera de las aulas, contribuyendo a nuestra formación para ser mejores profesionales en el futuro.

En primer lugar, conviene aclarar que vamos a resolver su consulta suponiendo que lo que la persona desea es obtener una licencia municipal de autotaxi para ejercer la profesión de taxista por cuenta propia. Desconocemos en qué municipio desea trabajar y por ese motivo hemos decidido tomar como referencia la legislación de Madrid.

Partiendo de esta base, conviene indicar que el proceso para la obtención de una licencia de taxi en la Comunidad de Madrid tiene dos fases previas. En primer lugar, será necesario conseguir una licencia municipal que habilite para la realización de servicios de transporte público y, en segundo lugar, será necesario obtener un permiso para ejercer la profesión.

En la primera fase, teniendo en cuenta el Decreto 74/2005, mencionado en el apartado de legislación, un requisito para obtener la licencia municipal es la

consecución de autorización de transporte público discrecional interurbano en automóvil de turismo. Ni para la obtención de una u otra se establece como requisito no tener una enfermedad infectocontagiosa.

No encontramos esta exigencia hasta llegar a los requisitos para la obtención del permiso para ejercer la profesión de conductor de vehículo autotaxi, permiso que constituye el paso segundo y final para el ejercicio de los servicios de taxista por cuenta propia.

Es en el artículo 31.1 b) del mencionado Decreto, así como en la Ordenanza del taxi del Ayuntamiento de Madrid, donde se establece textualmente “no padecer enfermedad infectocontagiosa o impedimento físico o psíquico que imposibilite o dificulte el normal ejercicio de la profesión de conductor de autotaxi (...)”. Suponemos que es este precepto el que ha motivado las dudas.

En cuanto al mismo, debemos establecer, en primer lugar, que realizando una interpretación gramatical, podemos llegar a la conclusión de que las palabras “que imposibilite o dificulte el normal ejercicio de la profesión” hacen referencia tanto a tener una enfermedad infecto-contagiosa como a presentar cualquier impedimento físico o psíquico. Esto da lugar a que dicha exclusión no pueda afectar a las personas con condición seropositiva. Esto es así puesto que el tener VIH no dificulta de ninguna manera el ejercicio de la profesión de taxista, que, como es bien conocido por todos, únicamente implica el conducir un vehículo.

Además de lo expuesto, consideramos necesario aclarar que el VIH, científicamente hablando, no es una enfermedad infectocontagiosa, sino infecto-transmisible. Esto es así porque el VIH es un virus que puede transmitirse únicamente de una persona a otra a través de unas vías muy concretas (vía sexual, sanguínea y vertical), a diferencia de las infecciones contagiosas que pueden transmitirse a terceras personas por cualquier vía, incluyendo las que se producen en la convivencia habitual.

Por tanto, la mencionada cláusula no sería aplicable por la doble justificación enunciada.

Pese a todo lo expuesto, el uso de cláusulas indeterminadas tales como infecciosas, infectocontagiosas, transmisible, infecto-transmisibles, que no especifican las vías de transmisión, resulta insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por tanto, sustituir una de estas cláusulas por alguna otra de indeterminación similar no garantiza en sí un tratamiento respetuoso de los derechos de las personas que viven afectadas por alguna patología que pudiera ser comprendida en el ámbito de uso de la expresión.

Con esto queremos decir que estas cláusulas son empleadas sin seguir el criterio científico de clasificación de enfermedades, luego la denominación “enfermedades infectocontagiosas” técnicamente no debería incluir el VIH pero podría hacerlo, y es lo que hace en la práctica.

Según los tribunales españoles la infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social.

De lo expuesto queda claro que ninguna de las vías de transmisión del VIH citadas supone un riesgo para los pasajeros que pudiese transportar la persona con VIH. Por ello carece de sentido que la regulación para la obtención de la licencia del taxi impida el acceso a las personas con VIH. No sólo esto, sino que además podríamos considerar que la ordenanza municipal que establece este requisito es contraria al principio de igualdad plasmado en el artículo 14 de la Constitución española. Esto es así porque se está produciendo una discriminación de todo un grupo como clase sin tener en cuenta que éste es un grupo heterogéneo dentro del cual existen personas que a pesar de tener una enfermedad siguen pudiendo ejercer una determinada profesión sin riesgo alguno para terceros.

Claro ejemplo de esto es el hecho de que para la conducción de vehículos Uber, no se contempla ninguna restricción semejante a la encontrada en el artículo 31.1 b) del ya citado Decreto. Únicamente se requiere contar con una licencia VTC (para la cual no existen restricciones en materia de salud), un certificado de la superación de la ITV por el vehículo, el recibo del pago del seguro y estar dado de alta en el régimen de autónomos o constitución como empresa.

No sólo el tener una enfermedad debe de ser lo que excluya el acceso a un determinado puesto sino el hecho de cómo la enfermedad afecta al desempeño de las funciones. Esta afirmación se sustenta en lo establecido por los tribunales según los cuales se prohíbe la diferencia de trato según condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de segregación de grupos de personas. Las personas que tienen determinadas enfermedades crónicas pueden ajustarse a esta definición dado que a lo largo de la historia siempre ha existido cierto recelo hacia ellas por parte de la sociedad sin existencia de justificación razonable alguna.

Es más, este tipo de vulneración de derechos por parte de las ordenanzas municipales no es algo novedoso. En 2017 ya fueron anuladas varias disposiciones de la Ordenanza reguladora del Taxi de 2012 por infringir el principio de igualdad de los ciudadanos. Y en concreto, respecto a la cláusula que excluye a las personas con enfermedades infectocontagiosas, se pone más aún en evidencia su poco respeto a la igualdad dado que, en 2018, fue modificada para permitir a personas con condición seropositiva optar a licencias de taxi.

Ya que para conseguir la licencia se necesita un certificado médico el cual acredite que la persona carece de una enfermedad infectocontagiosa, en primer lugar, recomendamos que ésta inste al médico para que le otorgue un certificado que únicamente refleje la condición apta o no apta para el ejercicio de la profesión.

La propia norma no habla de ninguna enfermedad en concreto que imposibilite el ejercicio de la profesión. Luego consideramos que el médico sí que podría emitir un

certificado en el que no constase la condición seropositiva y que simplemente indicase si es apto para el puesto y más teniendo en cuenta que VIH no es una enfermedad infectocontagiosa, sino infecto-transmisible.

En el caso de que se incluyese en el certificado la condición seropositiva y esto impidiese la obtención del permiso deseado, se podría considerar que está teniendo lugar una discriminación como clase de las personas que tienen VIH. Con esto queremos decir que se estaría discriminando a un colectivo entero sin analizar cada caso individualmente y sin tener en cuenta que la enfermedad no se desarrolla igual en todas las personas ni en todos los casos se puede producir la transmisión del virus. De esto podemos extraer que no hay necesidad de especificar en el certificado médico las enfermedades que no supongan un obstáculo para las funciones.

La información relativa al estado de salud está dentro de la de carácter personal, la cual está protegida por los derechos de intimidad y protección de datos (arts. 18.1 y 4 Constitución española). Según la legislación citada será necesario el consentimiento del paciente para la utilización de este tipo de datos.

Vemos necesario distinguir qué es un informe médico y qué es un certificado médico. En el primero se da a conocer la situación clínica del paciente, el método de diagnóstico y terapéutico aplicado, así como las limitaciones que se puedan derivar y su tratamiento. Por otro lado, un certificado médico es una declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento. El certificado médico es de obligada expedición por el médico. Luego, todo sujeto tiene derecho a que se le extienda el certificado médico.

Si no se consigue obtener un certificado apto recomendamos que se intente adquirir la licencia y en caso de que esta sea denegada bajo el argumento de poseer una condición seropositiva, que se impugne la decisión administrativa.

Para recurrir esta decisión, puesto que agota la vía administrativa, se puede interponer un recurso denominado de reposición ante la Administración de carácter opcional en el plazo de un mes o acudir directamente a los tribunales mediante un recurso contra el acto en sí mismo en el plazo de dos meses. Dicho recurso deberá fundamentarse sobre la vulneración de derechos llevada a cabo por la ordenanza, que constituye el origen de la decisión de denegación de la licencia. Con este último recurso se podrá no solo conseguir que se anule la decisión administrativa, sino que también se podría incluso declarar la ilegalidad de la ya citada ordenanza.

La Constitución española reconoce, en su artículo 119 el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, para acceder a esta prestación se deben cumplir una serie de requisitos. Estos requisitos son los regulados en el art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. No obstante, se puede comprobar si una persona tiene derecho a este servicio en el siguiente enlace: www.justiciagratis.es/publico/tengo-derecho/

El contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita está regulado en el art. 6 de la ya citada ley e incluye las prestaciones de asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, la asistencia pericial gratuita, la exención del pago de tasas judiciales y de depósitos necesarios para la interposición de recursos, la obtención gratuita de copias y otros documentos y una reducción del 80% de los derechos arancelarios para la obtención de escrituras públicas, notas y certificaciones, entre otros.

Respecto a cómo solicitar este derecho se debe seguir el procedimiento establecido en los arts. 12 y 13 de la misma ley. Éstos establecen que se deberá solicitar ante el Colegio de Abogados del juzgado o tribunal que vaya a resolver el caso o ante el juzgado del domicilio. Se debe indicar qué prestaciones de las arriba mencionadas se solicitan (se pueden solicitar todas o solo alguna) y se deberá aportar los datos que permitan apreciar su situación económica y patrimonial, así como sus circunstancias personales.

Se puede acceder al formulario de solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la página web del Colegio de Abogados que a cada uno le corresponda. A modo de ejemplo dejamos el enlace a la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que contiene modelos del formulario de solicitud y un buen esquema de los requisitos para solicitar este derecho y del procedimiento a seguir: http://web.icam.es/page/5/Atenci%C3%B3n_al_Ciudadano

Para ejercer cualquiera de estas acciones legales, recomendamos encarecidamente que acuda a un abogado, quien podrá asesorar mejor con respecto a cada caso concreto. Recordamos que en la Clínica Legal no ejercemos la labor de representación legal ante los tribunales, solo podemos ofrecerle las orientaciones generales con respecto a su consulta.

Esperamos que esta información haya sido de utilidad,

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

Sin duda alguna, uno de los logros más destacables en 2019 para la construcción de una respuesta al VIH basada en derechos ha sido la financiación con cargo a fondos públicos de la PrEP. Esto tiene trascendencia no sólo desde el punto de vista epidemiológico y de salud pública, pues se incorpora una herramienta que ha demostrado ser coste-eficiente para reducir el número de personas infectadas, sino que también tiene trascendencia desde el punto de vista de los derechos pues una barrera de acceso a un medicamento que previene una enfermedad puede entrar en conflicto

con la aplicación de los principios (bio)éticos básicos, los cuales introducen valores importantes en la sociedad, y que, en última instancia, suponen el desarrollo del principio de la dignidad humana, que es la piedra angular de todo el sistema de derechos fundamentales recogido en la Constitución.

La salud como derecho es un valor en sí mismo que está reconocido en el artículo 43 y con ello reconoce, en primer lugar, el derecho a no ser dañados en nuestra salud por terceros, independientemente de que sean entes públicos o privados. Y para ello, en segundo lugar, compete a los poderes públicos organizar y tutelar dicha protección a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios sanitarios. La prestación de asistencia sanitaria que ejecuta el SNS ha de ser entendida como un servicio público esencial de obligada prestación por los poderes públicos, si bien sus contenidos y beneficiarios han de ser precisados, según lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, por las leyes que lo desarrollen, y el TC ha reconocido un amplio margen de discrecionalidad.

No obstante, no conviene olvidar que la salud es un instrumento imprescindible para poder disfrutar de otros derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado la interconexión entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la vida, lo cual significa que mantienen una relación instrumental, reforzándose así la indivisibilidad o unidad de todos los derechos al margen de su contenido. Así lo ha hecho notar el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, declarando en las sentencias 62/2007, FJ 3, y 220/2005, FJ 2, que existe dicha interconexión cuando se afirma que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal. El Tribunal Constitucional en las sentencias 35/1996, FJ 3; 5/2002, FJ 4; 57/2007, FJ 3; 160/2007, FJ 2; y 37/2011, FJ 3, limita dicha conexión a determinados casos pues «para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga lesión del derecho fundamental es requisito necesario que como consecuencia de ella se ponga en peligro grave e inmediato la salud, o se produzca un riesgo relevante que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado». Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado en sus sentencias 221/2002, FJ 4, y 220/2005, FJ 4, que en los casos en que exista interconexión, la vulneración del artículo 15 CE no precisará que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

A pesar de la inclusión de la PrEP entre los medicamentos financiados con cargo a fondos públicos, ha aparecido un grupo de 3 consultas que planteaban el acceso a la PrEP por personas que son funcionarias y, por ser mutualistas de MUFACE, ISFAS o MUGEJU, reciben la prestación sanitaria no a través del SNS sino de una de las aseguradoras concertadas, están viendo cómo tienen problemas de acceso. Pues bien, este colectivo de personas, dado que el acceso a la PrEP se ha canalizado a través de una serie de centros sanitarios públicos en cada Comunidad Autónoma (en el caso de Madrid se realiza en el Centro Sandoval), se está encontrando con la negativa de las aseguradoras privadas a

garantizar dicho acceso. Este grupo de personas que quiere tener acceso a la PrEP tienen garantizado el derecho a recibir las mismas prestaciones que el resto de personas y, en caso de que la aseguradora privada no pueda prestarla, deben derivarles a aquellos centros sanitarios que sí puedan hacerlo. Es la misma lógica que se aplica con aquellos/as funcionarios/as que requieren un trasplante de órgano. Un ejemplo de esta situación es la consulta UAH-2020-53.

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

-. Se trata de una persona que es funcionario, adscrito a MUFACE. Desea saber si la PrEP está incluida en la cartera común de servicios del SNS.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, de 14 de diciembre de 1998, núm. 167.
- . España. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Boletín Oficial del Estado, de 29 de mayo de 2003, núm. 128.
- . España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, núm. 236.
- . España. Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. Boletín Oficial del Estado, de 11 de abril de 2003, núm. 87.
- . España. Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, por el que se establece la estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE). Boletín Oficial del Estado, de 7 de mayo de 1997, núm. 109.
- . España. Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2020 y 2021. Boletín Oficial del Estado, de 25 de diciembre de 2019, núm. 309.

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

-. Muface [www.muface.es/muface Home/Prestaciones/asistencia-sanitaria-nacional/atencion-especializada.html](http://www.muface.es/muface/Home/Prestaciones/asistencia-sanitaria-nacional/atencion-especializada.html)

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, gracias por ponerse en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para plantear sus dudas.

La respuesta a su consulta constará de dos partes: en la primera mitad aclararemos sus dudas acerca de si la PrEP se encuentra incluida en la cartera común de servicios del SNS y en la segunda mitad le informaremos acerca de cómo puede reclamar sus derechos ante MUFACE.

En primer lugar, debo comunicarle que, de acuerdo con el artículo 65.3 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, en lo que a la asistencia sanitaria a los funcionarios se refiere, “la asistencia sanitaria se prestará conforme a lo establecido en el texto refundido, en este reglamento y, en lo que resulte de aplicación, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y demás normativa sanitaria vigente, debiéndose garantizar el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en dichas normas”. Esto implica que, aunque usted tenga la condición de funcionario, tiene derecho a las mismas prestaciones que el Sistema Nacional de Salud (SNS) proporciona al resto de personas.

En cuanto a esas prestaciones proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud, el artículo 7 de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece que el catálogo de prestaciones del SNS comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

En el caso de las PrEP, nos encontramos ante un caso de atención especializada a la que se refiere el artículo 13 de la Ley de cohesión y calidad del SNS, puesto que la prescripción de la PrEP debe ser realizada por profesionales expertos en el VIH e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS). En la página web de Muface puede encontrar información sobre la atención especializada en el siguiente enlace www.muface.es/muface Home/Prestaciones/asistencia-sanitaria-nacional/atencion-especializada.html

Por su lado, el artículo 8 (y siguientes) de la citada ley dispone que la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se articulará en torno a las modalidades de:

- cartera común básica de servicios asistenciales: comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.
- cartera común suplementaria: incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario (farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos).
- y, por último, cartera común de servicios accesorios: incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

La PrEP se encontraría dentro de la cartera común básica, que incluye todas las actividades asistenciales de prevención que se realicen en centros sanitarios, cubiertas de forma completa por financiación pública. Desde el 1 de noviembre de 2019, la PrEP se ha incorporado a los medicamentos financiados por el SNS y su dispensación se realizará por los servicios de farmacia hospitalaria o en centros asistenciales autorizados sin coste directo para el paciente.

Por otro lado, usted menciona que la asistencia sanitaria la recibe a través de una entidad de seguro. Como las entidades de seguro han suscrito la “Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2020 y 2021”, debemos consultar dicho Concierto para comprobar si la PrEP se puede obtener a través de las mismas.

Así pues, si acudimos al capítulo 2 del Concierto, y más concretamente a los artículos 2.1.1 y 2.1.2 se nos dice que “la asistencia sanitaria a los beneficiarios de MUFACE adscritos a la Entidad se prestará conforme a la Cartera de Servicios establecida en este Concierto (...)” y que “la Cartera de Servicios objeto del Concierto comprende como mínimo todas las prestaciones que conforman la Cartera Común de Servicios del SNS, con el contenido que, en cada momento, determine la normativa sanitaria de aplicación en el mismo, y las que se detallan en este Capítulo que, asimismo, recoge las especificidades de cada una de ellas”.

Además, el artículo 2.3.1 letra a) establece que la atención especializada incluye las actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados paliativos, así como aquellas de prevención cuya naturaleza hace necesaria la intervención de médicos especialistas, comprendiendo la asistencia especializada en consultas.

Su entidad de seguro debe, por lo tanto, suministrar la PrEP, ya que se trata de un medicamento financiado por el SNS que sirve para prevenir la transmisión del VIH a personas seronegativas, siendo necesaria la intervención de profesionales expertos en el VIH e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS).

Recapitulando:

1. Usted, como funcionario cuyas prestaciones sociales son gestionadas por MUFACE, tiene derecho a que se le garantice el mismo contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.
2. La PrEP es un medicamento de carácter preventivo, como una vacuna, financiado íntegramente por el SNS, por lo tanto, indudablemente, se le debe garantizar su suministración en las mismas condiciones que a las demás personas.
3. Su entidad de seguro tiene que cubrir, como mínimo, todas las prestaciones que conforman la Cartera Común de Servicios del SNS, incluida la suministración de la PrEP a quienes cumplan ciertos requisitos.

Señalado lo anterior, y como ya veníamos avanzando, es importante que sepa que la PrEP se suministra exclusivamente a los grupos de riesgo que aparecen recogidos en el “Documento de consenso: Profilaxis Preexposición en España” (www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/PROFILAXIS_PREEXPOSICION_VIH.pdf) y que son los siguientes:

- Hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres (HSH), mayores de 18 años, no infectados y que cumplen al menos dos de los siguientes criterios de alto riesgo de infección por VIH:

1. Más de 10 parejas sexuales diferentes en el último año.
2. Practica de sexo anal sin protección en el último año.
3. Uso de drogas relacionado con el mantenimiento de relaciones sexuales sin protección en el último año.
4. Administración de profilaxis postexposición en varias ocasiones en el último año.
5. Al menos una ITS bacteriana en el último año.

Además, en personas transexuales que tengan prácticas sexuales de alto riesgo, se aplicaran los mismos criterios que para el grupo HSH.

- Personas que ejercen la prostitución expuestas a relaciones sexuales sin protección.
- PID y comparten material de inyección, incluidos en programas de intercambio jeringuillas (PIJ) y/o terapia sustitutiva de opiáceos (TSO), y que mantienen relaciones sexuales sin protección.
- Personas altamente vulnerables:
 1. Relaciones sexuales sin protección en el último año con múltiples parejas sexuales distintas y con desconocimiento de su estado serológico.
 2. Relaciones sexuales sin protección en el último año con parejas procedentes de grupos de población con alta prevalencia de VIH (países con alta prevalencia (>1%), o con personas que se inyectan drogas).
 3. Con antecedentes de ITS ulcerativas en el último año.

Esto implica que usted debe formar parte de alguno de los mencionados grupos para que se acuerde suministrarle la PrEP.

Por último, tenemos que informarle de que también tiene la posibilidad de acceder a la PrEP en el centro hospitalario correspondiente de su comunidad autónoma pagándola de su bolsillo y posteriormente solicitar el reintegro del dinero gastado. Esta opción se contempla en el artículo 78.1 letra b) apartado primero del RD 375/2003 que establece que cuando un beneficiario esté adscrito a una entidad privada concertada por la mutualidad podrá utilizar servicios sanitarios distintos de los de dicha entidad si la asistencia sanitaria solicitada le ha sido denegada por parte de dicha entidad y esta denegación ha sido injustificada, de acuerdo con lo estipulado en los conciertos vigentes en cada momento. En tal supuesto se podrá hacer uso de servicios sanitarios distintos de los que le correspondan y reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por éstos. En caso de discrepancia sobre la procedencia del reintegro en las circunstancias previstas en el supuesto anterior, corresponde a la mutualidad su apreciación y resolución, sin perjuicio de los posibles procedimientos de reclamación por parte de los beneficiarios previstos en los respectivos conciertos.

Pasando ahora a la segunda parte de esta consulta, nos centraremos en cómo puede reclamar sus derechos ante MUFACE. Es importante comenzar aclarando la naturaleza de este organismo. Así pues, MUFACE es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Política Territorial y Función Pública a través de la Secretaría General de Función Pública y de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, esto implica que se trata de una entidad de Derecho público regida por el Derecho administrativo. La norma a la que tenemos que acudir para saber cómo nos podemos comunicar con MUFACE, por lo tanto, la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Usted deberá efectuar una solicitud a MUFACE, concretamente a la actual Directora General, Myriam Pallarés Cortón, puesto que, de acuerdo con el artículo 11.2 letra i) del Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, por el que se establece la estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), el Director general de MUFACE se encargará de reconocer las prestaciones a mutualistas y beneficiarios.

La solicitud administrativa se regula en el artículo 66 de la Ley 39/2015 y le permitirá peticionar el reconocimiento y realización de su derecho a obtener la PrEP, siempre y cuando forme parte de uno de los grupos de riesgo expuestos con anterioridad, al tratarse de un medicamento que se encuentra incluido en la cartera común básica del SNS.

En cuanto al contenido de la solicitud, este se regula en el apartado 1 del artículo 66 y debe ser el siguiente:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- b) Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.
- c) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- d) Lugar y fecha.
- e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- f) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Las oficinas de asistencia en materia de registros estarán obligadas a facilitar a los interesados el código de identificación si el interesado lo desconoce. Asimismo, las Administraciones Públicas deberán mantener y actualizar en la sede electrónica correspondiente un listado con los códigos de identificación vigentes.

Usted podrá presentar esta solicitud en cualquier registro público, como, por ejemplo, una Universidad, y la Administración en cuestión se encargará de que el escrito llegue a su destinatario.

El plazo máximo que tiene la Administración para resolver es de tres meses, a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación, con arreglo al artículo 21.3 letra b).

A partir de este momento procesal caben varias posibilidades:

1. Silencio por parte de la Administración, en cuyo caso será de aplicación el artículo 24 de la Ley 39/2015 que nos dice que vencido el plazo máximo para resolver sin haberse notificado resolución expresa debe entenderse estimada la solicitud por silencio administrativo.
2. Resolución expresa favorable por parte de la Administración dentro de plazo.
3. Resolución expresa desfavorable por parte de la Administración dentro de plazo, que pondría fin a la vía administrativa al tratarse de un acto dictado por la Directora General de MUFACE que no cuenta con superior jerárquico, en cuyo caso tendrá la posibilidad de interponer dos recursos:
 - Recurso potestativo de reposición, regulado en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, ante el mismo órgano que dictó el acto en el plazo de un mes, sin que sea necesario la intervención de abogado y procurador. Nota: No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta (por silencio) del recurso de reposición interpuesto.
 - Recurso contencioso-administrativo, regulado en la Ley 29/1998, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, siendo necesarios abogado y procurador, el cual se deberá interponer en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al acto que ponga fin a la vía administrativa. Este recurso se podrá interponer directamente o después de haber intentado el de reposición.

Esperamos que esta información le sea de utilidad y si tiene alguna duda, estaremos encantados de resolverla. Le recordamos que este servicio es prestado por estudiantes como un ejercicio de aprendizaje y que no es equiparable al que presta un despacho de abogados.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

Es también positivo para la construcción de una respuesta al VIH basada en los derechos en España que en las convocatorias de oposiciones de acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por primera vez se haya suprimido el VIH como una condición médica de exclusión automática. Es de destacar la convocatoria de 2019 de las oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias pues corrige una discriminación que fue refrendada por la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 26 de mayo de 2004, por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 29 de julio de 2009, y por la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta, de 3 de julio de 2013, que excluía a una persona con VIH simplemente por su estado serológico. Este fue el objeto de análisis de la consulta CESIDA-2019-167.

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

-. Persona con VIH que quiere opositar para funcionario de Instituciones Penitenciarias. Toma su tratamiento antirretroviral desde hace cuatro años, por lo que el VIH es indetectable y no transmisible. Además, va a revisiones periódicas cada seis meses.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- . España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 1996, núm. 11.
- . España. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 2015, núm. 261.
- . España. Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019. Boletín Oficial del Estado, de 2 de abril de 2019, núm. 79.
- . España. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público, núm. 44.

-. España. Resolución de 26 de septiembre de 2018, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2018, núm. 238.

-. España. Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Boletín Oficial del Estado, 14 de octubre de 2019, núm. 247.

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

-. Sentencia de la Audiencia Nacional 56/2002 (sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª), de 26 de mayo de 2004 (RJCA/2004/707)

-. Sentencia del Tribunal Supremo 6312/2009 (sala de lo contencioso, sección 7º), de 29 de julio de 2009 (6810/2004)

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

-. Ministerio del Interior (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias). (2019). La Administración Penitenciaria. Recuperado de: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/administracionPenitenciaria/recursosHumanos/procesosSelectivos.html>

Respuesta fundamentada

En primer lugar, queremos agradecerle por confiar en nosotros para ayudarle con su consulta pues a través de ella aprendemos a ser mejores abogadas.

Tenemos que comenzar informándole de que, de acuerdo con la Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, el hecho de tener VIH no es causa de exclusión a la hora de acceder a las oposiciones.

Esta convocatoria es novedosa, ya que las de años anteriores (véase, años 2016, 2017, 2018) sí que incorporaban su enfermedad en el cuadro de exclusiones médicas, y da cumplimiento al acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de noviembre de 2018 por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público, con

entrada en vigor desde el 20 de febrero de 2019, que ha acordado “eliminar el VIH de las causas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público, de modo que se pueda aplicar esta medida a todas las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, que se convoquen con posterioridad a la fecha de adopción del presente Acuerdo y, en todo caso, a partir de las derivadas de la Oferta de Empleo Público del año 2019, adaptándolas a la evidencia científica en el momento de la convocatoria, sujeto al dictamen del órgano facultativo correspondiente y sin perjuicio de la superación de las pruebas selectivas en cada caso”.

En la actualidad, la evidencia científica, de acuerdo con el Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida, señala que “la infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social” y que la adopción de las medidas universales de prevención de la transmisión y los avances en el tratamiento de la infección permiten que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática (<1500 copias/mL) la transmisión prácticamente nunca se produce. En definitiva, la consecución de la seguridad, en forma de salud pública, no va reñida con la defensa de los derechos humanos de las personas con VIH pues es factible alcanzar aquella respetando tales derechos.

Dicho esto, y centrándonos en la convocatoria propiamente dicha, de acuerdo con lo que disponen las bases el tercer ejercicio consistirá en unas pruebas de aptitud médica. Esta prueba estará dirigida a comprobar que no se aprecia en los aspirantes ninguna de las causas de exclusión médica que se detallan en el anexo V de la convocatoria.

Poniéndonos en el peor de los casos, que la Administración decida excluirle del proceso después del ejercicio médico, si usted no estuviera de acuerdo con la razón de exclusión o la argumentación de la Administración contaría con las siguientes vías para “protestar”, es decir, para reclamar la protección de sus derechos:

1. VÍA ADMINISTRATIVA:

En primer lugar, tendría la opción de plantear un recurso de reposición ante el propio órgano que dictó la resolución, la Subsecretaría del Ministerio de Interior, contando para ello con un mes desde el día siguiente a la notificación de la resolución, sin necesidad ni de abogado ni de procurador. Se trata de un recurso que se puede interponer contra aquellos actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, y se plantea ante el mismo órgano que los hubiera dictado. Si opta por este recurso no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido su desestimación por silencio administrativo (falta de contestación por parte de la Administración). El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes. Contra la resolución del recurso de reposición no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso

extraordinario de revisión en los casos legalmente establecidos, contando usted con la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa ante los Tribunales de Justicia.

IMPORTANTE: el recurso de reposición es potestativo, lo cual quiere decir que no tiene por qué interponerlo, pudiendo impugnar la decisión directamente en vía jurisdiccional.

2. VÍA JURISDICCIONAL:

En segundo lugar, también tendría la posibilidad de impugnar la decisión administrativa directamente en vía jurisdiccional (ante los Tribunales de Justicia) mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contando para ello con un plazo de dos meses. En este último supuesto serían necesarios los servicios de un abogado y procurador debido a que va a recurrir ante un órgano judicial, no administrativo.

En ambos casos, la base de la impugnación sería la discriminación por su condición de salud tanto de forma genérica como de forma particular. Si se produjese algún contratiempo, no dude en ponerse contacto con nosotros.

Por último, es conveniente poner en su conocimiento la posibilidad de solicitar la asistencia jurídica gratuita, que le será concedida siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos para ello en el artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Gracias a este derecho usted tendría acceso a un abogado de turno de oficio y un procurador cuando su intervención se estime necesaria, y además usted tendría derecho a la asistencia pericial gratuita.

Esperamos que esta información le sea de utilidad,

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

Cabe destacar también la dimensión penal del VIH pues, en este período de 12 meses, se han recibido 10 consultas donde se planteaban la existencia de responsabilidad civil o penal en caso de transmisión del virus o de una enfermedad de transmisión sexual, la obligación de revelar el estado serológico para evitar posibles demandas, denuncias o querellas. Un ejemplo ha sido la consulta CESIDA-2019-94.

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

- La consulta remitida a la Clínica Legal la realiza una asociación de personas con VIH. Junto a otra ONG están llevando un caso en el que un hombre, proveniente de África, al realizarle las pruebas a su llegada a España dio positivo en VIH y se niega a informar a su mujer de su estado de salud. Ante el miedo de que pueda transmitirle la enfermedad, ya que desconocen si esta indetectable o si utiliza medios para prevenir la transmisión, aunque el hombre niega haber mantenido relaciones con su pareja desde su llegada a España, le intentan convencer de que comunique que tiene VIH a su mujer, a lo que él se niega rotundamente. Por ello, desde la asociación desean saber si el equipo de la segunda ONG puede romper la confidencialidad, en aras de salvaguardar la salud de la mujer y la del bebé recién nacido, y si de hacerlo puede acarrear algún problema legal a los profesionales.

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

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Artículo 8 sobre el derecho a la intimidad.

- Constitución Española de 1978.

Artículo 18.1 sobre el derecho a la intimidad; 18.1 sobre el derecho a la protección de datos personales

-, REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Artículos: 4 sobre definiciones; 5 sobre los principios relativos al tratamiento y 9 sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales

- Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen.

Artículos: 1 sobre las características del derecho a la intimidad; 2 sobre los límites de este derecho.

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

Artículos: 5 sobre el deber de confidencialidad; 6 sobre el tratamiento basado en el consentimiento del afectado y 9 sobre las categorías especiales de datos.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículos: 20 sobre el estado de necesidad; 147 sobre las consecuencias de las lesiones causadas a un tercero.

-. 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.

Artículos: 2 sobre los principios básicos de la autonomía del paciente; 5 sobre el titular del derecho a la información; 6 sobre el derecho a la información sobre los problemas sanitarios que impliquen un riesgo para la salud pública.

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

-. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso Z, 25 de febrero de 1997 sobre la protección de datos personales.

-. Sentencias 134/1999 y 196/2004 del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de las injerencias arbitrales o ilegales en la intimidad personal por parte de terceros.

-. Sentencia 206/2007 y 70/2009 del Tribunal Constitucional sobre el límite del derecho a la intimidad.

-. Sentencia 583/2015 del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la transmisión del VIH con culpa del transmitente.

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

-. Informe sobre VIH y privacidad (CESIDA).

<https://www.cesida.org/consultanos/clinica-legal/>

-. Informe FIPSE sobre discriminación y VIH/SIDA.

<https://fipse.es/sites/default/files/documentos/publicacion/2015/07/20/discriminacion.pdf>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, queremos agradecerle que haya confiado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas sobre el límite a la privacidad y protección de datos en materia de salud.

El problema jurídico en esta consulta es determinar si la revelación de los datos de salud de una persona podría suponer una vulneración a su derecho a la protección de datos y a su derecho a la intimidad, y si en este caso cabría la restricción a estos derechos.

La respuesta se va a estructurar principalmente en dos partes. En primer lugar, se analizará el derecho a la protección de datos, y en especial, los datos de salud en personas con VIH, en relación con el derecho a la intimidad. Y, en segundo lugar, cuáles podrían ser las consecuencias legales en caso de transmisión del VIH por parte de una persona que se niega a informar a su pareja de su estado de salud, en el caso de no utilizar los medios necesarios para evitar la transmisión pero que es consciente de la existencia del riesgo.

El derecho a la protección de datos se encuentra regulado en la Constitución española (art. 18. 4), en el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Estas normas establecen que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado, y que cuando se recaban con fines determinados, explícitos y legítimos, no podrán ser posteriormente tratados de manera incompatible con esos fines [art. 5. 1 Reglamento (UE) 2016/679].

Por ello, *“los responsables y encargados del tratamiento de datos, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad”* [art. 5 LO 3/2018 y art. 5. 1 f) Reglamento (UE) 2016/679].

En este caso, la primera vía es obtener el consentimiento del sujeto para tratar sus datos de salud. Como establece la Ley Organiza 3/2018, *“se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”* [art. 6. 1 LO 3/2018 y art. 4. 11 Reglamento (UE) 2016/679]. No obstante, según nos indican en la consulta, la persona a la que atienden se niega a darlo y no parece que vaya a hacerlo.

Ante esta negativa, cabe plantearse la posibilidad de romper este deber de confidencialidad dentro de un marco legal.

Al tratarse de datos de salud, estos pertenecen a una categoría especial [art. 9 LO 3/2018 y art. 9 Reglamento (UE) 2016/679]. El propio Reglamento establece la prohibición del tratamiento de los datos relativos a la salud (art. 9. 1). No obstante, este derecho a la protección de datos no es absoluto y admite límites. Esto es así, ya que, tal y como establece el Reglamento, dicha prohibición no se aplicará cuando *“el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”* [art. 9. 2 g) Reglamento (UE) 2016/679]. El propio Reglamento admite, pues, la restricción de este derecho cuando se cumplan con los requisitos establecidos en dicho apartado. Incluso, en el considerando 52 del Reglamento se señala que la

prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud puede constituir un motivo para autorizar una excepción a la prohibición del tratamiento de datos personales sanitarios para fines en el ámbito de la salud, incluidas la sanidad pública y la gestión de los servicios de asistencia sanitaria.

Como se indicó al inicio de la consulta, este derecho a la protección de datos está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Esto es así, ya que la revelación de un dato personal puede suponer un ataque contra la intimidad de una persona.

Este derecho a la intimidad se podría definir como el derecho que tiene una persona a decidir qué información sobre ella debería comunicarse a las demás y en qué circunstancias. Es decir, por regla general es el propio individuo el que tiene el control sobre la información que existe de él y, por tanto, es el responsable de decidir hasta qué punto desea publicar a terceros esa información. Este derecho se encuentra recogido tanto en el CEDH (art. 8) como en la CE (art 18.1) y tiene una doble finalidad: por un lado, constituir una garantía negativa por la que la persona no va a ser objeto de ofensas y humillaciones y, por otro, una garantía positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. Para su mayor protección ha sido desarrollada la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, donde no solo se reconoce esta protección, sino que es considerado como *“irrenunciable, inalienable e imprescriptible”* (art. 1).

El caso que nos ocupa versa sobre la posibilidad de informar a una tercera persona sobre el estado de salud de otra persona con VIH para así evitar la posible transmisión del virus.

Como ya se ha establecido anteriormente, los datos de salud gozan de una especial protección [art. 9 Reglamento (UE) 2016/679], y, por ende, dichos datos solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o la persona afectada consienta expresamente. De igual manera, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente recoge entre sus principios básicos, que toda actividad orientada a obtener, utilizar, archivar o custodiar información y documentación clínica se basará en el respeto a la dignidad humana, su autonomía de la voluntad y su intimidad (art. 2). Además, cualquier actuación en el ámbito de la sanidad requerirá del consentimiento del afectado, ya que se trata del titular de la información y podrá oponerse a que se informe a terceras personas, incluidas aquellas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5). Al igual, la jurisprudencia del TEHD establece que *“la protección de datos personales, incluidos los datos médicos, es de importancia fundamental para que una persona disfrute de su derecho a que se respete su vida privada y familiar”* (caso Z, 25 de febrero de 1997).

Tras el estudio de estos instrumentos normativos, se puede apreciar que en España el estado de salud es una de esas materias que configuran la intimidad personal y que las

personas con el VIH pueden ejercer un control activo decidiendo a quién, cómo y con qué límites revelan la información sobre su estado serológico.

El propio art. 18.1 CE prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad personal por parte de terceros y se verá vulnerado este derecho cuando *“la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objeto tolerado para el que fue recogida”* (STC 196/2004 FJ 2). Sin embargo, este derecho a la intimidad no puede regirse exclusivamente por el consentimiento del afectado, sino que como todo derecho al no ser ilimitado ni absoluto puede estar sometido a restricciones contempladas en una ley. Es por ejemplo el caso que establece el art. 6 de la Ley 41/2002 cuando se reconoce a los ciudadanos el derecho *“a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual”*.

Por lo tanto, la limitación del derecho a la intimidad se puede contemplar cuando estuviere autorizado por ley o cuando el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso (art. 2.2 de la LO 1/1982).

El TC así lo corrobora al determinar que *“el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin previsto y sea proporcionada para alcanzarlo”* (STC 70/2009 FJ 3).

En la consulta que se nos remite, nos encontramos con que un hombre con VIH se niega a informar a su pareja de su estado seropositivo y los profesionales que le atienden (tanto de la ONG como de la asociación que nos remite la consulta) temen que trasmita el virus a su mujer. En principio, el estado de salud del sujeto estaría protegido por el art. 18.1 (derecho a la intimidad) y 18.4 CE (derecho a la protección de datos), y cualquier injerencia arbitraria supondría responsabilidades legales para aquellos profesionales que no salvaguardaron esta confidencialidad. No obstante, como se ha indicado anteriormente, ambos derechos pueden ser limitados cuando tengan una justificación legal, sea necesario para lograr un fin previsto y los medios para alcanzarlos sean proporcionales.

Por ello, en este caso, revelar estos datos podría dar lugar a lo que se conoce como estado de necesidad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo definen como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro. Para ello, el bien jurídico que se pretende salvar debe estar en inminente peligro, real y objetivo, de ser vulnerado. Además, la realización de esta infracción debe ser el único camino posible para evitar un mal así mismo o a una tercera persona. Es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal.

El art. 20 del Código Penal exonera de responsabilidad penal a aquellos *“que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”*. Para ello será necesario que concurren tres requisitos: a) que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; b) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y c) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Por lo tanto, cuando se quiere determinar si es constitucional un límite legal que se establece para mermar un derecho fundamental con el fin de proteger otro u otros derechos también constitucionales, el TC ha señalado que se debe garantizar la *“idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicios de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”* (STC 206/2007 FJ 6).

En este caso, desconocemos si la carga viral del hombre es indetectable o si utiliza preservativos para prevenir la transmisión. En el supuesto de aún no estar indetectable y mantener relaciones sin protección, sí que se estaría ante un riesgo inminente, real y objetivo de que se pueda producir esa transmisión y causar un daño irreversible al derecho a la integridad física de la mujer. En el supuesto de que la persona sí tuviese la carga viral indetectable y utilizase los medios de prevención, tanto los profesionales de la asociación como los de la ONG pueden argumentar que hicieron uso del estado de necesidad habida cuenta de la sospecha de que la persona podría estar realizando actividades de riesgo en perjuicio de una tercera persona.

En último lugar, como se ha anticipado en el inicio del escrito, es imprescindible que se informe claramente al hombre de cuáles serían las consecuencias penales que se producirían, cuando consciente de su enfermedad no pone los medios necesarios para evitar su transmisión y no informa a la otra parte de su estado de salud para que así pueda dar su consentimiento a la asunción del riesgo.

En primer lugar, si la transmisión del VIH se produce a la pareja, el causante del daño se podría enfrentar a un delito de lesiones agravadas (art. 147.1 del Código Penal) castigado con la pena de prisión de entre seis a doce años.

Un caso análogo se encuentra en el Auto del Tribunal Supremo 1033/2015 del 25 de junio. En este caso se trataba de un hombre con VIH conocedor de su enfermedad desde el diagnóstico definitivo llevado a cabo en mayo de 2015. Entre los meses de diciembre de 2015 y marzo de 2016 mantiene una relación de pareja con otra persona. *“Deliberadamente, nunca le comunicó que era portador del virus del VIH. Tampoco*

utilizó nunca preservativo ni ninguna otra medida profiláctica, pese a la infección que padecía y aun siendo plenamente consciente de la alta posibilidad de contagio de la misma por transmisión sexual” (FJ 1-C). Como consecuencia de esto se transmitió la enfermedad produciendo daños irreversibles en la salud de su pareja. El Tribunal Supremo falla a favor de la resolución dada por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 583/2015 de 9 de febrero de 2015 en la cual se condenó al recurrente con *“nueve años y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”*, además de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Para finalizar, tras todo este análisis llegamos a la conclusión de que la opción más acertada es, efectivamente, intentar conseguir el consentimiento del usuario como primera opción, es decir, convencer al hombre con el VIH de la importancia y la necesidad de informar a su pareja de su estado seropositivo y de las consecuencias penales que aquí explicamos que conllevaría la transmisión. En el caso de no conseguir este consentimiento, como parece ser que ocurre por lo que nos explica, para intentar salvaguardar el derecho a la intimidad en la mayor medida posible, lo más aconsejable sería, como nos señalan en la consulta, intentar realizar la prueba de VIH a la mujer sin revelar los datos de salud de su pareja. No obstante, en el caso de que la mujer deseara saber el motivo y los trabajadores de la ONG optasen por informar a la pareja de los datos de salud del marido, este podría denunciar la comisión de un delito de revelación de secretos. En este caso se trata de un conflicto de derechos constitucionalmente protegidos, es decir, para salvaguardar uno es necesario vulnerar el otro. El equipo de la ONG con el fin de proteger el derecho a la protección de la salud, integridad física e incluso la vida de un tercero vulneran el derecho a la intimidad personal del hombre con VIH. Como ya se ha explicado anteriormente, el Ordenamiento Jurídico no solo establece prohibiciones, sino también recoge preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho que, en principio, está prohibido. Son, por ejemplo, las causas de justificación en las que se encuentra el estado de necesidad explicado anteriormente.

Por todo ello, en el caso de que la persona con VIH decidiera denunciar la vulneración de su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos personales, es de vital importancia que se le expliquen dos aspectos. En primer lugar, que al existir la posibilidad de encontrarnos ante una situación de necesidad, el personal de la ONG tendría una fuerte línea de defensa ya que el derecho a la intimidad y a la protección de datos en un juicio de proporcionalidad muy probablemente se vería mermado frente al derecho a la salud, integridad física y a la vida de un tercero. Y, en segundo lugar, la probabilidad de estar ante los tribunales durante mucho tiempo hasta que se dicte sentencia firme debido al retraso de la justicia en España junto con una gran carga económica, si no es beneficiario de la asistencia jurídica gratuita.

Esperamos haberle sido de ayuda dando respuesta a sus preguntas. Para cualquier otra consulta, quedamos a su disposición.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

En la dimensión penal del VIH cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda (Penal) 690/2019, de 11 de marzo de 2020, que resuelve el recurso de casación presentado por una mujer a la que su expareja varón había transmitido el VIH por vía sexual mientras convivían. En ella se produce la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosexta, número 286/2018, de 16 de abril, en la que se absuelve a Luciano del delito de lesiones agravadas tipificado en el artículo 149.1 del Código Penal porque los magistrados de la Audiencia consideran que existe una duda razonable sobre la ignorancia que la mujer tenía sobre la condición de salud de su expareja. «No ha quedado acreditado, fuera de toda duda – puede leerse en los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Tribunal Supremo – que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo». El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación porque entiende que no se ha producido un error de derecho en la calificación de los hechos enjuiciados, confirmándose de ese modo la absolución.

El Tribunal Supremo confirma la absolución y para ello hace un repaso, por un lado, de los precedentes legislativos del delito de propagación maliciosa de enfermedades hasta llegar a la actual regulación en el artículo 147 y siguientes del Código Penal de 1995, y también repasa, por otro, la jurisprudencia más relevante en el delito de lesiones por transmisión del VIH. En el repaso legislativo se señala que el bien jurídico protegido es la salud y que el legislador exige que las conductas de riesgo produzcan un resultado. En la sentencia puede leerse que «el bien jurídico se ha configurado como de naturaleza personal, descartándose la tipificación de estas conductas como delitos que atenten contra la salud colectiva, esto es, como delitos de peligro potencial en atención al riesgo de expansión de la infección o de la enfermedad, de los que podría llegar a ser también responsable la persona sana que tuviera relaciones de riesgo con un individuo que se supiera enfermo». En el Código Penal actualmente vigente en España no se contempla un tipo penal específico para la transmisión del Sida (sic) por lo que los casos han de ubicarse en la tipificación de las lesiones. En el segundo caso, se comentan las sentencias del Tribunal Supremo 528/2011, de 6 de junio, y 1218/2011, de 8 de noviembre, para analizar la posibilidad de apreciar imprudencia o dolo eventual, respectivamente, cuando se produce el delito de lesiones por transmisión del VIH.

La STS 690/2019 señala que la singularidad del recurso de casación reside en que la parte recurrente sustenta que, aunque la mujer supiera que su expareja tenía VIH, «y por más que aceptara mantener relaciones sexuales con él sin ningún tipo de profilaxis, la transmisión de la enfermedad es merecedora de reproche penal». Es decir, para la parte recurrente bastaría la concurrencia del presupuesto de imputación objetiva del tipo penal de lesiones: la transmisión efectiva del VIH; con independencia de si la persona afectada «asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro)».

Esto obliga a que el TS en la sentencia deba sostenerse que los casos de heteropuesta en peligro deben ser tratados de manera distinta de los casos de autopuesta en peligro porque «por más que en aquellos la víctima preste su consentimiento a involucrarse en la actividad finalmente lesiva, es evidente que el lesionado no desencadena por sí mismo el proceso de riesgo que tendrá después un desarrollo imprevisible, ni en la mayor parte de las ocasiones podrá evaluar el riesgo en toda su dimensión, ni tampoco controlarlo o cancelarlo después, de modo que el individuo transfiere al tercero toda la capacidad para dominar o desistir de la situación». Esta diferencia estructural exige que se establezcan los criterios que determinen cuándo los casos de heteropuesta merecen una sanción penal.

El TS sostiene que la heteropuesta en peligro es impune cuando: a) la víctima tiene un adecuado conocimiento del riesgo; b) la víctima consiente la acción arriesgada causante del daño, sin existir incitación por el autor; c) el daño es consecuencia del riesgo asumido; d) la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, ha podido dominarlo de una manera equivalente al autor. Los magistrados consideran que estos requisitos son predicables «respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad». Consideran que se cumple el requisito del conocimiento y la aceptación pues existen numerosos indicios, antes señalados, sobre los que se construye una duda razonable a favor del acusado que va a ser, en definitiva, determinante de su absolución. Dicha duda razonable no supondría la aplicación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia sino del principio *in dubio pro reo* pues – según señala la Sala basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional – «la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad» mientras que el principio *in dubio pro reo* afecta a «las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad de la conducta». De este modo concluye que si «surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro reo*, elemento judicial de

ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia».

Aunque el tratamiento del VIH desde un punto de vista técnico sigue siendo incorrecto porque se considera que es una infección contagiosa y no se diferencia nítidamente entre el VIH y el sida, es una sentencia importante en la construcción en España de una respuesta al VIH basada en los derechos. Permite una defensa de las personas con el VIH basada en el principio del *in dubio pro reo* y de la garantía constitucional de la presunción de inocencia. La parte denunciante deberá probar de manera fehaciente que no conocía el estado serológico de la persona con VIH, que no había signos externos visibles, que por su condición no podía conocer el riesgo al que se exponía por la práctica de relaciones sexuales o por el consumo de drogas. Por último, en ningún momento del proceso ante la Audiencia Provincial se cuestionó la relación de causalidad, tratando de realizar un análisis filogenético; como tampoco se planteó ante la Audiencia Provincial la cuestión de la carga viral de Luciano. Es un paso en un camino largo por recorrer.

En este camino por recorrer, a lo largo de estos 12 meses en las consultas recibidas en la Clínica Legal se pueden seguir encontrando obstáculos en la construcción de una respuesta al VIH basada en los derechos en España. En primer lugar, debe destacarse el problema que las personas con VIH tienen para contratar un seguro de vida o salud. Ya advertíamos en el informe de 2018 que la aprobación de la Ley 4/2018, de 11 de junio, que modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley del Contrato de Seguro, no era suficiente si no se lograba que fuera eficaz. En el período de 12 meses analizado se han recibido 40 consultas sobre esta materia, en las que se ha tenido que analizar si el cuestionario de salud estaba bien redactado, si era abusiva la prima que quería cobrarse una vez que la compañía de seguros sabía que la persona vivía con VIH, si estaban bien fundamentadas las razones que se alegaban para denegar la contratación, o si debía comunicarse un cambio en la condición de salud (seroconversión sobrevenida).

El primer caso relevante en esta materia de seguros es la consulta CESIDA-2019-114, que fue planteada por una persona que quería saber en qué estado se encuentra la legislación sobre los seguros de salud y el VIH. En el pasado ha sido rechazada en la contratación de un seguro de salud por razón de VIH y se pregunta si con las recientes modificaciones legislativas, ha cambiado algo en relación con la posibilidad de preguntar por el estado de salud, de denegar el seguro y prestar cobertura por razón de VIH. Mientras que en 2018 una de las consultas más repetidas giraba en torno a las implicaciones de la Ley 4/2018, en 2019 se ha producido un cambio de enfoque de las consultas sobre esta Ley pues han pasado de la esperanza a la incredulidad al ver cómo una modificación inserta en la Ley 50/1980 para evitar la discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud puede ofrecer una protección tan limitada.

La consulta CESIDA-2019-179 ha sido planteada por una persona que solicitó un préstamo con garantía hipotecaria por un total de 310.000 euros a una entidad bancaria.

La concesión del préstamo venía aparejada a la contratación de dos seguros, hogar y vida. Sin embargo, de manera previa a la contratación del seguro de vida la entidad hace entrega de la cuantía solicitada y se procede a la compra del inmueble. Cuando se inicia el proceso de contratación del seguro de vida se realiza un formulario de salud y cuando se pregunta por el VIH se niega su presencia, pues el usuario consideró que la pregunta invadía su privacidad y que la Ley 4/2018 le amparaba. Sin embargo, la compañía aseguradora antes de proceder a la oferta quiere realizar al asegurado una analítica que incluye una prueba de detección del VIH, para lo cual se ha pedido consentimiento expreso. El usuario tiene VIH y no sabe cuáles serán las consecuencias si se realiza el análisis pues saldrá positivo; no sabe si repercutirá solo en un incremento de la prima o si se cancelará el préstamo y tendrá que devolver de manera anticipada la suma prestada. Se pregunta cuál es la mejor manera de actuar, duda si debe llamar a la compañía aseguradora para decir que tiene VIH. La importancia de esta consulta solo puede ser apreciada desde el prisma de los peligros que encierra la vinculación de productos aseguradores a la concesión de préstamos con garantía hipotecaria para la compra de la vivienda. Cabe resaltar que esta posibilidad ha sido expresamente avalada Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En este caso, además la aseguradora no ha procedido con corrección, pues si la vinculación era obligatoria debería haber esperado a la contratación del seguro para proceder a la entrega del dinero, y el usuario ha incumplido el deber que sobre él pesa de declarar todas las circunstancias que delimitan el riesgo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 50/1980. El desenlace de este caso puede pasar desde un tribunal sentenciando que la entidad bancaria debe asumir las consecuencias de no haber esperado, hasta la obligación de devolución anticipada del capital, lo que probablemente dejaría al usuario en una situación precaria.

La consulta CESIDA-2019-182 fue planteada por una persona que quiere inscribirse en una mutualidad profesional. Ha observado que existe un cuestionario que debe llevarse a cabo para proceder a la inscripción dónde se pregunta sobre la presencia de enfermedades y la toma de medicación. Con esta base se plantea si es necesario declarar el VIH y la medicación que utiliza para colegiarse. Indica que para proceder a la colegiación piden la foto del formulario de inscripción a la mutualidad. Adentrándose en esta consulta se puede apreciar uno de los problemas más denunciados de la Ley 4/2018: la inclusión de modificaciones en dos regímenes distintos: consumidores y contrato de seguro. Esto implica que las cláusulas que provocan efectos excluyentes por razón de VIH solo se consideren nulas en el régimen de consumidores.

La consulta CESIDA-2019-184 se envió por una persona con VIH que va a viajar durante tres meses por la India. Ha intentado contratar un seguro de viaje, pero, cada vez que contesta en el formulario de salud que tiene VIH, rechazan el acceso a la contratación. Incluso ha intentado contratar el seguro con una compañía que dice ser pionera en este tipo de productos para personas con condiciones de salud preexistentes pero la prima que le ofrecen es 6 veces superior a la media del mercado. Ante la falta de

alternativas pide consejo, pues no sabe cómo proceder. Ha pensado en omitir que tiene el VIH en el formulario de salud o viajar sin seguro, con la correspondiente inseguridad que eso conllevaría. La importancia de este caso radica en las barreras de acceso a la contratación de seguros de viaje para las personas con VIH. Estas barreras colocaron a esta persona ante los siguientes escenarios: 1. comunicar que tiene una condición de salud preexistente, lo cual impedirá la contratación; 2. contratar el seguro con una prima desproporcionada; 3. no contratar el seguro, lo cual supondrá exponerse a un riesgo en caso de necesitar asistencia sanitaria; 4. mentir en el proceso de contratación, lo cual supondrá que pueda ser rechazado por omisión en el formulario de salud.

Por terminar con el tema del acceso al seguro, resaltando la irracionalidad, es interesante resaltar la exclusión de una persona con VIH que es controlador de élite. Este es el caso de la consulta CESIDA-2019-216.

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

Esta consulta ha sido planteada por una persona que inició los trámites para contratar un seguro de salud con una compañía que tiene una alta presencia en el mercado a través de un banco que también tiene una cuota de mercado muy representativa. De las conversaciones con la entidad se desprendía que había una oferta, pero cuando contestó en el formulario de salud que tenía VIH fue transferida a una enfermera. Esta enfermera preguntó por el VIH, respondiendo que se tenía VIH desde 2012, carga viral indetectable, controlador de élite y medicación GENVOYA para mejor control. Tras una evaluación sobre la que se especifica que “duró un minuto”, la enfermera contestó que no procedían a realizar oferta debido al VIH y sus secuelas. La usuaria se siente profundamente “discriminada, herida, rechazada y anonadada”. Ha pedido que procedan a enviar una contestación por escrito, pero han rechazado su petición. También ha enviado un correo “a reclamaciones”. Ante esta situación, la usuaria se pregunta cómo proceder.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- Constitución de 1978
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

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

- Sentencia la Audiencia Provincial de Almería de 17 de octubre de 2017.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

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

En primer lugar, debe saber que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro -LCS- “prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”. Sin embargo, esta normativa no establece que las compañías aseguradoras tengan la obligación de contratar con todas las personas todos sus productos, sino que en caso de denegación ésta deberá fundarse en causas justificadas, proporcionadas y razonables documentadas previa y objetivamente, pues esta justificación marca la línea entre una discriminación arbitraria no conforme al ordenamiento jurídico y una distinción intrínseca a la actividad aseguradora permitida por la legislación vigente. Por esto, es crucial obtener las causas, si las hubiere, que sustentan la denegación.

Si la compañía aseguradora no ofrece más justificación que el VIH para la denegación, dispone de procedimientos extrajudiciales y judiciales para obtener una explicación conforme a la Disposición Adicional 5ª de la LCS.

Por una parte, el procedimiento extrajudicial comienza habitualmente con la presentación de una reclamación al Servicio de Atención al Cliente/Defensor del Cliente de la compañía aseguradora. Este servicio viene regulado en el artículo 97 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. Como ya ha presentado una reclamación y las compañías pueden tener varios canales para este propósito, debe verificar si la que usted presentó tiene los efectos para que en caso de obtener respuesta negativa o no obtener respuesta en el plazo de un mes -se discute si deben ser dos- pueda acudir a presentar una reclamación ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones siguiendo las directrices del artículo 30 de la Ley 44/2002 y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Si realizó la reclamación por escrito mediante un formulario, es posible que en el documento informen de los efectos de ésta.

De maneja añadida, también dentro de las medidas extrajudiciales, podría considerar la opción de acudir al Defensor del Pueblo estatal o si lo prefiere y en su Comunidad Autónoma existe, al Defensor del Pueblo autonómico. La presentación de una queja ante esta institución es gratuita, se puede realizar sin la intermediación de abogado o procurador y puede llevar a que se sugiera o recomiende a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que haga determinadas acciones encaminadas a esclarecer o solventar la situación que usted denuncia. Debe saber que esta institución lleva trabajando en el acceso a los seguros de personas con condiciones de salud preexistentes desde el año 1999, línea que se inició gracias a la queja de una interesada, y que la Disposición Adicional Quinta que antes explicábamos surgió de una queja planteada al Defensor del Pueblo Navarro por individuales y asociaciones que trabajan en el campo del VIH. El enlace de reclamaciones al Defensor del Pueblo estatal es el siguiente: <https://www.defensordelpueblo.es/tu-queja/01-description/>

Por otra parte, el procedimiento judicial se canaliza habitualmente mediante la presentación de una demanda ante el orden jurisdiccional civil, cuyo proceso viene regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este proceso podría esgrimirse que existe una responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora por ruptura injustificada de los tratos preliminares al no venir la denegación avalada por las causas previstas en la Disposición Adicional 5ª LCS. Esta actuación es contraria a la buena fe prevista en el artículo 7 del Código Civil y de esta actuación se genera la obligación de reparar el daño producido, pudiendo pedirse como reparación la obligación de ser aceptado en el contrato de seguro. Además, si se alegase la implicación del artículo 14 de la Constitución que es el precepto que

recoge el derecho a la igualdad y la no discriminación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría pensarse en un juicio ordinario preferente y sumario que es teóricamente más rápido. No obstante, para valorar la iniciación de este proceso debe conocer que la resolución de este proceso podría acoger todas sus pretensiones, pero también podría generar una condena en costas -incluido el pago del abogado y procurador de la otra parte- en caso de que sus pretensiones no fuesen acogidas.

De manera añadida, debe saber que existe un tipo en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al que podría acudir en caso de que no se encontrasen “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente” para la denegación del seguro de asistencia sanitaria. Este es el recogido en el artículo 512 del Código Penal y castiga con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años a aquellos que en el ejercicio de sus actividades empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de enfermedad – un ejemplo de este procedimiento lo puede encontrar en la Sentencia la Audiencia Provincial de Almería de 17 de octubre de 2017-. Este proceso viene regido por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cualquier caso, debe tener en cuenta que es altamente probable que usted también necesite asistencia letrada en los procedimientos judiciales, por lo que aconsejamos que, si no dispone de los recursos necesarios para costearlos, acuda al colegio de abogados más cercano a su domicilio pues ellos podrán informar en materia de asistencia jurídica gratuita.

Esquema del proceso (de extrajudicial a judicial):

NOTA: Para el proceso extrajudicial aconsejamos pedir información sobre plazos en el orden civil y penal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En conclusión, debe saber que las compañías pueden denegar el acceso a la contratación por razón de VIH, pero solo si existen “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente” que avalen esta decisión. Por esto, es crucial obtener las causas que a juicio de la compañía aseguradora sustentan la denegación. Para ello, puede acudir a los procedimientos judiciales y extrajudiciales antes expuestos.

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

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

La respuesta al VIH basada en derechos se ha resentido por la discriminación indirecta que sufren las personas con VIH que quieren venir a España a hacer algún tipo de estudio, ya sea de Grado o de Posgrado. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición legal, aparentemente neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de su condición serológica respecto del VIH. La razón por la que consideramos que en estos casos se produce una discriminación indirecta es porque el legislador no ha tomado en consideración la condición de salud de las personas que quieren solicitar un visado de estudios para venir a España. La norma aplicable es, en ese sentido, neutra y aparentemente respeta el principio de igualdad y el derecho a la intimidad. Se aplica a todas las personas por igual y a todas se les exige, por lo tanto, contar con un seguro que cubra sus necesidades médicas durante el tiempo que dure su estancia de estudios en España. La legislación vigente en España no tiene en cuenta que muchas de estas personas no pueden exportar su cobertura sanitaria desde sus países y que los seguros privados que pueden contratar excluyen la prestación farmacéutica. La aplicación neutra de la norma jurídica está afectando negativamente a las personas con VIH pues

éstas no pueden interrumpir el tratamiento antirretroviral porque podría producirse resistencias. A lo largo del período de tiempo analizado hemos recibido 19 consultas de estudiantes con VIH que quieren venir a España y se encuentran con ese requisito normativo que constituye una barrera. Un ejemplo de este tipo de casos es la consulta CESIDA-2020-6.

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

-. La consulta es planteada por una persona con VIH de nacionalidad mexicana. Tiene la intención de venir a España a realizar un posgrado. Desea saber si hay alguna manera de acceder al tratamiento antirretroviral gratuito durante ese periodo de estancia.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: artículo 6 (sobre el derecho a empadronarse de los extranjeros); artículo 10 (sobre el derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros); artículo 12 (sobre el derecho a asistencia sanitaria); artículos 16 al 18 (sobre la reagrupación familiar); artículo 22 (sobre el derecho a asistencia jurídica gratuita); artículo 25 (sobre los requisitos para la entrada en territorio español); artículo 25 bis. (sobre los tipos de visado); artículo 30 (sobre la situación de estancia); artículo 33 (sobre el régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado); artículo 36 (sobre la autorización de residencia y trabajo); artículo 38 (sobre la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena).

-. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: artículo 3 (sobre los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria); artículo 3 ter (sobre el derecho a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español).

-. Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: artículo primero (sobre la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

-. Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

-. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009: artículo 4 (sobre los requisitos de entrada a España); artículo 7 (sobre la exigencia de visado); artículo 8 (sobre la justificación del motivo y condiciones de la entrada y estancia); artículo 28 (sobre la estancia de corta duración); artículo 29 (sobre los visados de estancia de corta duración y las clases); artículo 52 a 58 (sobre la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar); artículo 123 (sobre las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales); artículo 126 (sobre la autorización de residencia temporal por razones humanitarias); artículo 199 (sobre la situación de estancia por estudios, investigación, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo o de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo); artículo 209 (sobre el visado).

-. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización: Anexo III, apartado 5.1 (sobre los procedimientos diagnósticos y terapéuticos en la cartera de servicios comunes de atención especializada entre los que se incluye el VIH).

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, queremos darle las gracias por contactar con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Esperamos que la respuesta que le vamos a dar a continuación le sea útil.

Dado que nos comenta que su intención es venir a estudiar a España, lo primero que debe hacer es solicitar un visado de estudiante en el Consulado General de España con sede en su país de origen. Las leyes de extranjería vigentes en España establecen que los ciudadanos extranjeros que deseen permanecer en España para cursar o ampliar estudios, realizar actividades de investigación o formación, prácticas no remuneradas, participar en intercambios de alumnos o llevar a cabo servicios de voluntariado, deberán obtener el correspondiente visado, que incluirá la autorización inicial de estancia en España.

Para la solicitud de este visado en su país, se debe cumplir, por lo general, los siguientes requisitos legales y presentar la siguiente documentación:

- Formulario de solicitud de visado debidamente cumplimentado.
- Una fotografía actualizada tamaño pasaporte en color, de frente, con fondo blanco, pegada al formulario de solicitud.
- Pasaporte o título de viaje en vigor, con una vigencia mínima del período para el que se solicita la estancia.
- Documentación que acredite la finalidad de la estancia: matrícula universitaria, contrato laboral, etc.
- Seguro público o privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- Documentos que justifiquen la disponibilidad de medios de subsistencia para todo el periodo para el que se solicita el visado.
- Acreditación de alojamiento durante el tiempo que dure la estancia.
- Reserva del billete de avión correspondiente gestionada con una línea aérea acreditada.
- Aportar el importe de las tasas de visado, en caso de no estar exento.
- Certificado médico en el que se acredite que el solicitante no tiene ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005, debidamente apostillado por la autoridad correspondiente. El VIH no aparece en el listado de enfermedades del Reglamento Sanitario Internacional ya que no es considerado como un problema de salud pública, así que no debe preocuparse por ello.
- Certificado de antecedentes penales.

La información concreta puede consultarla en el siguiente enlace oficial: <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MEXICO/es/InformacionParaExtranjeros/Paginas/InformacionVisadosyOtrosTramites/visaestudiosmasde180.aspx>.

Como ve, se trata de condiciones que son generales para cualquier persona extranjera que quiera venir a España con un visado de estudios. El hecho de que usted tenga VIH no influye de ninguna manera en este procedimiento. Le comentamos esto por si tiene la duda de que por tener el VIH vaya a tener dificultades para conseguir el visado y lo cierto es que no. Si se presentan dificultades en el procedimiento será porque no reúna las condiciones exigidas, pero no por tener VIH.

Si finalmente le conceden la beca y realiza los trámites correspondientes, le recordamos, brevemente, que una vez que le sea concedido el visado por estudios, cuando la duración de la estancia autorizada supere los seis meses de duración, los ciudadanos extranjeros titulares de un visado para cursar o ampliar estudios, realizar actividades de investigación o formación, prácticas no remuneradas, intercambio de

alumnos o servicios de voluntariado, deberán solicitar, en el plazo de un mes desde su entrada en España, la tarjeta de identidad de extranjero ante la Oficina de Extranjeros o Comisaría de Policía correspondiente, tal y como puede comprobar en el sitio web oficial del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja003/index.html>.

Debe tener en cuenta que las autorizaciones de estancia por los estudios que se vayan a realizar se conceden con un límite de duración máxima de un año. Esto quiere decir que si su máster va a durar más de un año deberá prorrogar la situación de estancia, un trámite administrativo que deberá realizar antes de llegar a la fecha límite y de año en año, en el caso de que acredite que sigue reuniendo las condiciones para las que se le ha concedido la estancia.

Sobre el acceso al sistema sanitario con la finalidad de acceder al tratamiento antirretroviral debemos comentarle, en primer lugar, que, si usted entra en España con un visado de estudiante, no va a tener derecho a obtener la medicación antirretroviral de forma gratuita a través del sistema público de salud. Esto es así porque los extranjeros que vienen a España con un visado de estudiante tienen que, obligatoriamente, poder exportar un seguro médico o contratar un seguro médico que cubra cualquier incidencia médica durante todo el periodo de tiempo que dure la estancia en España.

Dado que muchos seguros privados no incluyen el tratamiento para el VIH, las opciones que usted tiene para acceder al tratamiento antirretroviral en España son:

- 1) Pagando por él, ya sea en los hospitales públicos o en los hospitales privados donde le darán una factura inmediata. Dependiendo del tratamiento que tome, el precio varía entre los 500 € y 1.000 € mensuales. En España la normativa sanitaria es muy restrictiva en este sentido, pues solo permite acceder al sistema sanitario con cargo a fondos públicos a aquellas personas extranjeras que no puedan exportar su derecho a recibir asistencia sanitaria o a aquellas que no tengan un tercero obligado a realizar el pago de dicha atención. En este caso, usted sí tendría un tercero obligado a realizar ese pago: su seguro de salud (requisito obligatorio para solicitar el visado de estudios en su país).
- 2) Deberá asegurarse de traer consigo la máxima cantidad de medicación que pueda. España y todos los países que conforman la Unión Europea restringen la cantidad de medicación que se puede transportar a un máximo de 3 meses. Si le revisaran el equipaje en un control aleatorio y le preguntaran por la medicación, usted deberá enseñar al personal de seguridad de la aduana sus informes médicos; los envases originales de la medicación, su respectivo prospecto, y las recetas de su médico, todo esto con el fin de poder demostrar que usted transporta dicha medicación para su uso personal para el

tratamiento de su enfermedad. Le recomendamos que hable con su médico especialista en su país y comente el viaje que va a realizar e intente que le autorice la retirada de la medicación para varios meses para que, de esta forma, no tenga que interrumpir el tratamiento mucho tiempo;

3) Puede intentar que le envíen la medicación, junto con la receta, desde su país, pero en este caso el personal de la aduana, por lo menos, el de la aduana española, sí revisa, retiene la medicación y ésta no suele llegar a su destino. Más si cabe cuando la cantidad de medicación que se envía es excesiva. Por este motivo, muchas empresas de mensajería internacional no se arriesgan a realizar dichos envíos. Le recomendamos que pregunte en su país de origen para saber qué política tienen al respecto, pero, desde ya, le advertimos que es arriesgado hacer dicho envío pues se expone a no recibir la medicación.

4) Puede intentar preguntar en los organismos correspondientes en su país de origen si puede exportar su derecho a la asistencia sanitaria de México a España con el fin de poder seguir su tratamiento en nuestro país sin coste para usted. No obstante, no estamos seguros de que esta posibilidad exista dado que España y México no tienen firmado un convenio bilateral en materia de prestaciones sociales. De todas formas, le pedimos que se informe de esta cuestión antes de realizar el viaje.

Debes saber que, en España, en general, no se da tratamiento para el VIH sin atención médica previa y, tanto si viene con un visado de estudiante como si no y permanece en situación de turista (máximo 90 días en territorio español), en ambos casos no tendría derecho a entrar en el servicio público de salud ni tendría derecho a recibir asistencia sanitaria de forma gratuita. Si en su estancia en España acude a algún centro de salud u hospital público por la vía de Urgencias, con toda seguridad le van a atender y a facilitar la medicación, pero debe saber que le van a cobrar por ello inmediatamente.

En los centros de salud y hospitales públicos en España se solicita la documentación personal y el pasaporte de los ciudadanos extranjeros cuando éstos acuden a solicitar asistencia sanitaria, por tanto, es fácil comprobar si la persona se encuentra en el periodo de turista o si tiene un visado de estudios. Una vez comprobado este extremo por el personal del centro de salud u hospital, se le recordará que, -dado que tiene (o debería tener) contratada la cobertura sanitaria obligatoria a través de un seguro-, deberá acudir primero a la compañía aseguradora con quien haya contratado el seguro, o bien, si le atendieran por la vía de Urgencias, le darán una factura por los gastos médicos efectuados por la atención médica prestada y por la atención farmacéutica.

Durante el periodo de estancia por estudios, la única manera de obtener la medicación antirretroviral a través del sistema público de salud sería obteniendo un

trabajo con contrato legal y dándose de alta en el sistema de Seguridad Social correspondiente.

Nuestra ley de extranjería contempla la posibilidad de que los extranjeros con visados de estudios puedan trabajar, pero ésta dice que un estudiante podrá realizar una actividad lucrativa, siempre que el trabajo sea compatible con la actividad para la que se concedió la estancia y que los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para el sustento del extranjero.

Es muy importante que sepa que es el EMPLEADOR O EMPRESARIO quien deberá solicitar la autorización de trabajo y usted deberá cumplir los requisitos exigidos para obtenerla (ya sea un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena), y en todo caso, tendrá que acreditar la compatibilidad del trabajo con los estudios, de forma que se admiten contratos de fines de semana, a tiempo parcial, o bien, jornada completa siempre que coincida con el periodo vacacional. En la página web oficial del Ministerio (<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja003/index.html>) puede encontrar toda la información al respecto.

Una vez que usted esté dado de alta en la Seguridad Social va a tener derecho a las prestaciones sociales y sanitarias a las que tienen derecho todas las personas que se encuentren afiliadas a la Seguridad Social y cumplan con sus obligaciones correspondientes, como el pago de los impuestos que son, en buena medida, los que cubren estas necesidades. Desde el momento en el que usted aporte al sistema de la seguridad social, nuestra administración entiende que usted no es una carga para el sistema, sino que contribuye al sostenimiento de este y, por tanto, le reconoce los derechos que tiene como contribuyente y afiliado.

Para obtener información más precisa al respecto, le recomendamos que cuando llegue a España realice el trámite de inscripción en el padrón municipal, una gestión que se realiza en el Ayuntamiento de la localidad en la que va a vivir y, posteriormente, acuda la oficina de la Seguridad Social más cercana a su domicilio donde le podrán informar sobre su derecho al sistema sanitario y las gestiones que deberá realizar.

Si tiene alguna otra duda puede volver a contactar con nosotros.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Esta discriminación indirecta también se produce en aquellos casos en que las personas con VIH ven denegada su solicitud de reconocimiento del grado de discapacidad. Esta denegación se debe a que en la legislación española no se ha

adaptado plenamente el modelo social de la discapacidad en el que ésta es un concepto que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual sino como un fenómeno integrado por factores sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Este es el objeto de la consulta UAH-2020-6.

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

-. Persona, residente en Castilla y León, con VIH y trastorno adaptativo, además de una Hepatitis C curada, tiene concedido un 10% de discapacidad y se pregunta si podría obtener el 33% de discapacidad.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 20648.
- . España. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Boletín Oficial del Estado de 1 de diciembre de 2007, núm.288.
- . España. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Boletín Oficial del Estado, 4 de octubre de 2003, núm.238.
- . España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Boletín Oficial del Estado, de 3 de diciembre de 2013, núm. 289
- . España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado, núm.11.
- . España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, núm. 245.

-. Castilla y León. Orden de 15 de junio de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se establecen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León normas de aplicación y desarrollo de Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Boletín Oficial de Castilla y León, de 6 de julio del 2000, núm.130.

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

-. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (sala segunda), de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

-. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión europea (sala tercera), de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C 2016/917.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 3816/2015 (sala de lo social, sección 1ª), de 15 de septiembre de 2015 (3477/2014).

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, en primer lugar, quiero agradecerle que haya confiado en la Clínica Legal Universitaria de Alcalá para resolver sus dudas legales, pues gracias a ellas puedo seguir formándome para ser mejor abogada.

Para fundamentar la respuesta, primero voy a establecer un pequeño índice con los puntos que se van a tratar. El primer lugar definiremos que se entiende por discapacidad, para posteriormente abordar las causas que, en su caso, son susceptibles de otorgar una discapacidad y fijar cuales son los criterios para su valoración, para finalmente señalar los mecanismos de defensa disponibles.

En primer lugar, hay que partir de la definición de discapacidad que, según el artículo segundo de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, se define como: *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

A su vez, el artículo 4 establece que: *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

En el mismo sentido se pronuncia la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad en el marco de Naciones Unidas, al incluir en su artículo

1 entre las personas con discapacidad a: *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Si bien es cierto, cabe mencionar el apartado 2 del artículo 4 de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad que establece que: *“Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”* Por lo tanto, no es suficiente con que una persona presente alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, sino que, además, a todos los efectos, también será necesario que tengan reconocida una discapacidad igual o superior al 33%, pudiendo decir, que se trata de dos requisitos que se han de dar de forma simultánea, pues si a pesar de presentar alguna de las deficiencias mencionadas no se obtiene al menos un 33% no serán consideradas personas con discapacidad.

Por su parte, como usted tiene su residencia en Castilla y León es necesarios señalar que el Estatuto de autonomía de Castilla y León, en su artículo 70.10, asigna a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia social. Asimismo, el artículo 71.3 establece que le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de seguridad social. Entonces, Castilla y León tiene atribuida competencia en materia de seguridad social y, en especial, en materia de discapacidades. Por ello a debemos acudir a la Orden de 15 de junio de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se establecen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León normas de aplicación y desarrollo de Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía para poder conocer el procedimiento que sigue esta Comunidad a la hora de otorgar un grado de discapacidad.

Una vez aclarado esto, y centrándonos en la cuestión presentada, debemos atender al hecho de que usted cuenta con dos patologías que son susceptibles de otorgar algún grado de discapacidad a un individuo, estas son, el trastorno adaptativo y el VIH. Debemos acudir, por tanto, al Real Decreto de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Respecto al **Trastorno adaptativo**, éste viene determinado como una causa de discapacidad por el anexo primero, capítulo decimosexto del Real Decreto de

procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía para que se pueda reconocer una discapacidad. Este capítulo establece que: *“La valoración de la discapacidad que un Trastorno Mental conlleva se realizará en base a:*

- 1. Disminución de la capacidad del individuo para llevar a cabo una vida autónoma.*
- 2. Disminución de la capacidad laboral.*
- 3. Ajuste a la sintomatología psicopatológica universalmente aceptada.”*

Por lo que, para poder otorgar un grado de discapacidad respecto al trastorno adaptativo, el equipo de valoración habrá de tener en cuenta tales circunstancias desarrolladas más exhaustivamente por el mencionado capítulo. El equipo de valoración al que hacemos referencia consiste en un equipo técnico formado por un médico, un psicólogo y un trabajador social que van a ser los encargados de evaluar cada uno de los aspectos o las características de una persona que influyen en la discapacidad aplicando los baremos contenidos en el mencionado Real Decreto.

Por otro lado, en cuanto al VIH el Real Decreto de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía para que se pueda reconocer una discapacidad, señala en el anexo 1, capítulo sexto, apartado 10 que: *“Dadas las especiales características que concurren en las personas con infección VIH, se considera fundamental que la valoración sea multidisciplinar y realizada en todos los casos por los tres técnicos del equipo de valoración: médico, psicólogo y trabajador social. 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%.”* Por lo tanto, a la hora de valorar el VIH como una causa de discapacidad, en un principio, únicamente se tienen en cuenta los factores médicos junto con los días de hospitalización a lo largo del año tal y como señala el capítulo 10 del Real decreto al señalar los criterios de valoración por VIH. No obstante, también contamos con los factores sociales a los cuales nos referiremos más adelante.

Nos encontramos, por ello, ante dos causas de discapacidad, en cuyo caso el Real decreto menciona en su anexo uno capítulo primero que: *“Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V– podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D (Actividades de la vida diaria). y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separados. Se combinarán los porcentajes obtenidos por deficiencias de distintos aparatos o sistemas, salvo que se especifique*

lo contrario.” Por lo tanto, se calculará el grado de discapacidad de forma conjunta entre ambas deficiencias, pero para ello es necesario que en ambas de forma separada se encuentren en una de estas clases:

CLASE II: Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.

CLASE III: Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.

CLASE IV: Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave. El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100.

CLASE V: Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave. A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por ciento.

Es decir, cada deficiencia debe obtener de forma individual una discapacidad leve como mínimo, obtenida la cual ambos grados se combinarán para la obtención de un único grado de discapacidad. En el cálculo del grado es importante hacer referencia a los factores sociales incluidos en Real Decreto en su artículo 4 que nos dice que para calificar el grado de minusvalía correspondiente también se tendrán en cuenta los factores sociales, en concreto el precepto señala lo siguiente: *“La calificación del grado de minusvalía responderá a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el anexo I del presente Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social”*.

A este artículo hay que sumar lo establecido por el artículo 5.3 que nos dice que: *“para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios (...) El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremos de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25%.”*

Ello viene a decir que los factores sociales se han de tener en cuenta a la hora de determinar el grado de discapacidad aplicable, pero que para que se pueda aplicar el

porcentaje de los factores sociales obtenido es necesario obtener un porcentaje mínimo de discapacidad, atribuido, atendiendo únicamente a los factores médicos, fijado en el 25%, por lo tanto, si tras la combinación de los grados atribuidos a ambas deficiencias (VIH y trastorno adaptativo) se ha obtenido 25% a este porcentaje podremos sumarle los grados correspondientes por los factores sociales, entendiéndose estos factores sociales como complementarios.

Los factores sociales que se van a tener en cuenta a la hora de determinar la discapacidad vienen desarrollados por el anexo 1.B Real Decreto de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, según el cual se tendrán en cuenta el factor familiar, económico, laboral, cultural y factor entorno.

Respecto a los factores sociales, en aplicación del artículo 23 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social parece que nos encontramos ante una causa de discriminación, concretamente, nos hallaríamos ante una causa de limitación al acceso a una discapacidad, al tratarse el VIH de una enfermedad que se enfrenta a numerosas barreras debido a que está altamente estigmatizada por la sociedad provocando un alto grado de discriminación hacia estas personas, tanto en sus relaciones personales como laborales y profesionales, pero aún así, no se permite tener en cuenta todos estos factores sino hasta que se haya obtenido un mínimo de un 25% a través de los factores médicos, por lo que la administración a través de la ley estaría provocando, de alguna forma, una barrera para que estas personas puedan ejercitar sus derechos, concretamente, optar con plena igualdad al resto de personas a la obtención de una discapacidad.

En este sentido, ONUSIDA, la OMS y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, publicaron conjuntamente, en abril de 2009, un informe de política sobre Discapacidad y VIH, en el cual se insiste en dos cuestiones. La primera es que las personas con VIH pueden desarrollar impedimentos cuando la afección progresa. La segunda, que, incluso en situaciones asintomáticas, las personas que viven con VIH han de enfrentarse al estigma, que actúa como una auténtica barrera para su plena y efectiva participación en la sociedad, barrera a la que sumamos la interpuesta por la administración a la hora de que personas con VIH puedan acceder a la obtención de una discapacidad.

Lo mismo sucede con la Hepatitis C pues, aunque esta esté curada, la cura de la enfermedad implica que el virus va a dejar de afectar al hígado, pero todas aquellas otras dolencias o enfermedades que se hayan derivado del virus quedan sin poder ser tenidas en cuenta para la calificación de la discapacidad. Al respecto, la Secretaría General de Sanidad y Consumo ha señalado que: *“Los pacientes con fibrosis significativa y cirrosis deben continuar el seguimiento clínico en Atención Especializada, pues en ellos la curación de la infección vírica no es equivalente a la*

curación de la enfermedad hepática."

Asimismo, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (caso Danmark) que ha establecido que: *"38. el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. (...) 47. el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".*

En efecto, esta sentencia atribuye la discapacidad a una persona que tiene una enfermedad (curable o incurable) siempre que esta conlleve dolencia física, mentales o psíquicas (como puede ser cualquiera de las padecidas) y que, además, se enfrente a diversas barreras, entendiendo por estas la barreras sociales a las que personas, tanto con VIH, como con trastornos mentales se enfrentan diariamente impidiendo su participación no solo plena, sino de forma limitada en su vida profesional y en su vida personal. En este sentido también se pronuncia la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión europea del caso Daouidi.

Dicho esto, y partiendo de la base de que usted ha presentado reclamación previa a la vía jurisdiccional, cuenta con los siguientes mecanismos de protección:

1. El primer paso es presentar la reclamación previa a la vía jurisdiccional social contra la resolución tal y como usted a hecho, la cual debe ser resuelta por el órgano que dictó el acto (Gerencia territorial de servicios sociales) en el plazo de un mes.
 - La reclamación previa viene establecida por el artículo 30 de la Orden de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se establecen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León normas de aplicación y desarrollo de Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
 - Es importante señalar que el plazo para interponer reclamación previa es de 30 días desde que se notificó la resolución, ahora bien, tal y como señala la Doctrina del Tribunal Supremo *" el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta día que establece el artículo 71.2 de la LRJS, no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguno, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal derecho no resulta obstáculo para el nuevo*

ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad.” Lo que nos viene a decir es que si se incumple el plazo de 30 días se estaría cerrando un procedimiento individual lo que no afectará a las acciones para reivindicar los derechos de la Seguridad Social objeto del expediente “caducado”, pues estos se podrán promover de nuevo en cualquier momento siempre que la acción no haya prescrito, todo ello materializado en el artículo 7.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

2. La jurisdicción social tiene atribuida competencia en reconocimiento y calificación de grado de discapacidad por el artículo 2 de la ley reguladora de la jurisdicción social, apartado o), por lo que el siguiente paso es presentar demanda ante el Juzgado de lo social en cuya circunscripción se haya producido la resolución en el plazo de 30 días desde la fecha en la que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo.
 - Tal y como dispone el artículo 71.7 de la Ley reguladora de la jurisdicción social las entidades u organismos gestores de la Seguridad Social expedirán recibo de presentación o sellarán debidamente, con indicación de la fecha, las copias de las reclamaciones previas presentadas, debiendo presentarse este recibo o copia sellada, o el justificante de presentación inexcusablemente con la demanda.
 - Al respecto, el artículo 18 de la Ley reguladora de la jurisdicción social establece que: *“Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial o por escritura pública.”*. Ello, implica que queda a elección de la parte comparecer o no asistido de letrado.
3. De igual forma, puede solicitar la revisión del grado a instancia de parte, regulada en el capítulo IV de la Orden previamente citada, por agravamiento o mejoría acreditado a través de los correspondientes informes médicos, psicológicos y/o sociales, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la anterior resolución. Sin embargo, no será necesario que hayan transcurrido esos dos años para presentar la solicitud de revisión en los supuestos de error de diagnóstico o cuando el cuando el E.V. O. (Equipo de Valoración y Orientación) determine, mediante la documentación aportada, cambios sustanciales en las circunstancias que motivaron el reconocimiento del grado.

Como se ha visto en los mecanismos de defensa, usted tiene la posibilidad de acudir asistido por un abogado o por sí mismo, por ello es oportuno informarle de la posibilidad de acudir al Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita que le será concedida siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos para ello en el artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Gracias a este derecho usted tendría acceso a un abogado de turno de oficio y un procurador cuando su intervención se estime necesaria, entre otros. El criterio seguido por la Ley para la concesión de la Asistencia Jurídica Gratuita es que el individuo solicitante carezca de patrimonio suficiente aún contando con recursos económicos o ingresos brutos, siempre que estos no superen una serie de umbrales establecidos en dicha ley. Para obtener más información al respecto puede acudir al Colegio de Abogados de su lugar de residencia, donde le proporcionarán toda la información necesaria, o podrá hacerlo a través de la siguiente página web: www.justiciagratis.es.

CONCLUSIONES:

- 1.- Son personas con discapacidad aquellas que presentan alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial que, al entrar en contacto con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás y que, tenga reconocido, además, un grado de discapacidad igual o superior al 33%.
- 2.- Tanto el trastorno adaptativo como el VIH son causas para solicitar una discapacidad, causas que al coincidir en un mismo individuo, tras valorarse de forma independiente ambos grados otorgados a las mismas se combinarán para obtener un único grado.
- 3.- Únicamente es posible tener en cuenta los factores sociales una vez que valorados todos los factores médicos se haya obtenido un 25% de discapacidad, de otra manera no será posible tenerlos en cuenta para el cálculo del grado, lo que supone una limitación aún mayor para que personas que ya sufren una discriminación diaria enfrentándose a las barreras sociales debido a su situación personal, como son los individuos con VIH y trastornos mentales, pues dificulta la obtención de la condición de discapacidad al someter la contabilidad de los factores sociales a un porcentaje mínimo obtenido de acuerdo a los factores médicos.
- 4.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende como persona con discapacidad a aquella que padezca una enfermedad (curable o incurable) siempre que esta conlleve dolencia física, mentales o psíquicas y que, además, se enfrente a diversas barreras, entendiendo por éstas las barreras sociales.
- 5.- Se dispone de diversos mecanismos de protección como son: la reclamación previa, la demanda ante la jurisdicción social, el recurso de suplicación ante el Tribunal superior de justicia y, en su caso, recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Igualmente, existe la posibilidad de solicitar la revisión del grado por agravamiento o mejoría siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la

anterior resolución, acreditando tal agravamiento o mejora a través de los correspondientes informes médicos, psicológicos y/o sociales.

Esperamos que esta información le sea de utilidad,

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

Siguen produciéndose casos graves de discriminación de las personas con VIH y de limitación de sus derechos en el ámbito sanitario (incluyendo clínicas odontológicas). Si quienes deben tener un conocimiento más actualizado sobre las vías de transmisión y sobre la eficacia del tratamiento como prevención de la transmisión del virus, discriminan a las personas con VIH o limitan sus derechos y libertades es hasta comprensible que dichos comportamientos se repitan en un ámbito no sanitario. Posiblemente, el caso más grave que se ha recibido en la Clínica Legal de la UAH en el período analizado es la consulta UAH-2020-4.

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

-. Una persona que tiene VIH decide no revelar su condición serológica al médico que va a realizarle una intervención quirúrgica en un hospital privado, aunque sí le dice la medicación que está tomando. El médico va a la sala de espera y revela delante de todos los presentes, incluida la madre de esta persona, su estado serológico. Le deja el último para operarle y recomienda a la madre que lave todo con lejía, tire los cepillos de dientes y coman en vajillas distintas.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Reglamento (UE) nº 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de la Unión Europea* L nº 119, de 4 de mayo de 2016. El art. 9.1 prohíbe el tratamiento de datos personales relativos a la salud.

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. El art. 14 establece el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El art. 18

indica el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. El art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud. El art. 53 establece la tutela judicial de los derechos fundamentales en procedimiento preferente y sumario, además de la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

-. España. Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115. El art. 7.3 establece que se considera una intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona, como lo es su salud, que afecten a su reputación. El art 9.1 señala que “la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281. El art. 109 establece la responsabilidad civil. El art. 199.2 establece que los profesionales que estén obligados a salvaguardar la confidencialidad de ciertos datos, y los revelen, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. El art. 201 fija la necesidad de denunciar este delito.

-. España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294. El art. 5 establece el deber de confidencialidad. El art. 8, el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos. En la Disposición Adicional decimoséptima se fija el tratamiento de datos de salud.

-. España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102. El art. 10.1 fija el derecho a la intimidad y la no discriminación. El art. 10.3 establece el derecho a la confidencialidad de la información.

-. España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de noviembre de 1995, núm. 269. El art. 29 establece la obligación del trabajador a cumplir las normas en materia de prevención de riesgos, y a velar por la salud de sí mismo y de las personas que se puedan ver afectadas por su actividad.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11. El artículo 2 determina que tienen este derecho las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El art. 3 establece los requisitos. El art. 5 establece un reconocimiento excepcional por el estado de salud, entre otros motivos.

-. España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7. El art. 217 indica que la carga de prueba corresponde al demandante. El art. 249.1.2º permite una vía de protección ante la jurisdicción civil por la vulneración de derechos fundamentales.

-. España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274. El art. 2.5 indica el deber del paciente de comunicar sus datos de salud al médico, especialmente cuando sea necesario por motivos de interés público o de la asistencia médica. El art. 2.7 establece el deber de reserva de la información y documentación clínica. El art. 7 expresa el derecho a la intimidad.

-. España. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de mayo de 2003, núm. 128. El art. 2 a) señala que la prestación de servicios se realizará en condiciones de igualdad efectiva y calidad. El art. 29 indica que las garantías de seguridad y calidad se aplicarán también en los centros privados. El art. 34 c) fija la revisión permanente de las enseñanzas y de la metodología educativa en el campo sanitario, para la mejor adecuación de los conocimientos profesionales a la evolución científica y técnica y a las necesidades sanitarias de la población.

-. España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de noviembre de 2003, núm. 280. El art. 2.2.b) señala las profesiones sanitarias tituladas. El art. 5.1.c) establece el deber que tienen los profesionales de respetar la personalidad, dignidad e intimidad. El art. 40.3.e) establece el derecho y el deber de los profesionales sanitarios de ámbito privado a tener una formación continuada. El art. 41.2 fija que dichos profesionales sanitarios están obligados a ejercer la profesión, o desarrollar el conjunto de las funciones que tengan asignadas, con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, profesionales, éticos y deontológicos que sean aplicables. El art. 41.3 indica que los profesionales sanitarios están obligados a mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su titulación.

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

-. STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.

-. STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.

-. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

-. STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 6.

-. STS, de 10 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, FJ 5.

-. STS 528/2011, de 6 de junio de 2011, FJ 1.

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

-. Código de Deontología Médica de 2011. El art. 5 establece que el médico debe atender con la misma diligencia a todos los pacientes, sin discriminación alguna. El art. 7 señala que los médicos deben velar por la eficiencia y calidad de su trabajo, además de que la formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional. El art. 9.2 señala que en el ejercicio de su profesión el médico actuará con corrección y delicadeza, respetando la intimidad de su paciente. El art. 25.3 indica que la promoción de actividades preventivas sólo es deontológicamente correcta cuando tienen un valor científico probado. El art. 27.2 establece que el médico está obligado a mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica.

Respuesta fundamentada

Antes de todo, queremos agradecerle haber depositado su confianza en nosotros al exponernos su caso y permitir que ampliemos nuestros conocimientos a través de su consulta. Para ello, haremos un breve análisis de los diferentes aspectos que se plantean y de las posibilidades de reclamar.

La primera cuestión que vamos a analizar es la revelación de su estado de salud. El artículo 18 de la Constitución protege el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. Así mismo, el derecho a la intimidad viene recogido en el artículo 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. De este modo, la esfera privada queda protegida de la intromisión de terceros. El derecho a la intimidad está vinculado a la esfera más reservada de las personas, es lo que permanece oculto para los demás. Tal como señala la STC 134/1999, de 15 de julio, en su Fundamento Jurídico 5, “el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”. Este derecho supone establecer ciertos límites para salvaguardar la privacidad de las personas y así evitar intromisiones ilegítimas, como afirma la STC 117/1994 de 25 de abril, en su Fundamento Jurídico 3: “el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la

vida privada". La información acerca de la salud de una persona se considera especialmente sensible desde el punto de vista de la intimidad, ya que constituye un elemento muy importante de su vida privada. Sin embargo, tal como establece el artículo 2.5 de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, es un deber del paciente comunicar sus datos de salud al médico, especialmente cuando sea necesario por motivos de interés público o de la asistencia médica. Usted tiene el deber de comunicar a los médicos que le atiendan que es seropositivo, pero en este caso, aunque no lo dijo de una manera directa, al indicarles qué medicación toma, podría entenderse que sí lo dijo pero de un modo indirecto.

A su vez, el artículo 18.4 de la Constitución establece el derecho a la protección de los datos, así como las leyes mencionadas anteriormente, en el artículo 10.3 y el 2.7 respectivamente, establecen el carácter confidencial de los datos relativos a la salud y de la documentación clínica. El Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 6 de su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, afirmó que "el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado". Por este motivo, los médicos no pueden revelar su información relativa a la salud sin su consentimiento, ni siquiera a sus familiares. Asimismo, la STS 528/2011, de 6 de junio de 2011, señala que "el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta". Si debido al derecho de intimidad no es obligatorio revelar la enfermedad a una pareja, mucho menos lo es revelarlo a los familiares, pero este derecho de intimidad personal debe llevar aparejado la responsabilidad de no generar una situación de riesgo a terceros mediante el uso de unas adecuadas medidas de prevención, como puede ser taparse heridas. Las formas de transmisión del VIH son la sanguínea y la sexual, de manera que en la convivencia difícilmente se puede transmitir el virus, y en su caso, al tener la carga viral indetectable es intransmisible, por lo que no genera ningún riesgo ni tiene el deber de comunicarlo a las personas con las que convive.

Por otro lado, los médicos tienen el deber de mantener en secreto toda la información sobre la salud de sus pacientes. El artículo 27.2 del Código de Deontología Médica establece que el médico está obligado a mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica. Y también en el artículo 9.2, señala que en el ejercicio de su profesión el médico actuará con corrección y delicadeza, respetando la intimidad de su paciente. Usted nos ha contado en su consulta que el cirujano entró en su habitación, comenzó a increparle y reveló su condición serológica sin importarle que estuvieran presentes sus familiares. Diversas normas prohíben a los profesionales revelar a terceros los datos de salud de sus

pacientes sin su consentimiento, como el artículo 5.1.c) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias que establece el deber que tienen los profesionales de la salud de respetar la personalidad, dignidad e intimidad, también el artículo 41.2 de dicha ley fija que los profesionales sanitarios del ámbito sanitario están obligados a ejercer la profesión, o desarrollar el conjunto de las funciones que tengan asignadas, con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, profesionales, éticos y deontológicos que sean aplicables. El cirujano ha quebrantado las normas que se recogen en el Código Deontológico y además en las normas mencionadas anteriormente, puesto que su madre no conocía su condición serológica hasta que él lo reveló sin su consentimiento, ya que usted no le dio permiso y manifestó que no era ni el momento ni el lugar para hablar de eso porque sus familiares estaban delante.

La divulgación de sus datos de salud, podría ser constitutivo de un delito, ya que el artículo 199.2 del Código Penal establece una pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para su profesión por tiempo de dos a seis años a los profesionales que estén obligados a salvaguardar la confidencialidad de ciertos datos, y los revelen. Debe haber intención de revelar esos secretos, si no hay ese dolo, entonces se considera una negligencia y no generaría responsabilidad penal, sino civil o administrativa. En este caso podría entenderse que esa intencionalidad de revelar sus datos existe, puesto que sus familiares estaban presentes cuando empezó a increparle, podría haber dicho que salgan de la habitación y ya estando a solas haber hablado del tema, asimismo cuando usted le dijo que no era el momento de hablar de eso y que su madre no sabía de su estado serológico, el cirujano manifestó que su madre tiene derecho a saber esa información al convivir con usted, lo que demuestra su intencionalidad de revelar sus datos de salud a sus familiares sin su consentimiento. Deberá denunciar este delito, tal como prevé el artículo 201 del Código Penal, y para ello, deberá presentar una denuncia ante el Juzgado de lo Penal del lugar de donde hayan ocurrido los hechos, también puede presentar la denuncia ante el Ministerio Fiscal, o puede acudir a la Policía Nacional o a la Guardia Civil. Otra opción es interponer una querella, para ser parte en el procedimiento como parte acusadora del proceso penal. Las querellas siempre se deben realizar por escrito, mediante abogado y procurador. Pero antes de presentar la querella, se debe haber celebrado un acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado, al menos. Si no cumple con este requisito la querella no será admitida. La querella deberá contener los datos identificativos del querellante y los del querellado, una relación de los hechos en tiempo y lugar, y las diligencias a practicar para su comprobación. Una vez presentada la querella, el Juez instructor mandará convocar a juicio oral al querellante, querellado y testigos. Además, podrá exigir responsabilidad civil y pedir que se le indemnice por los perjuicios morales sufridos a consecuencia del delito. Con carácter general, se exige del querellante la prestación de fianza en cuantía suficiente, criterio judicial, para responder de los resultados del proceso, aunque en la práctica no suele exigirse. Para

acudir a los tribunales necesitará asistencia letrada, y en el caso de que no disponga de recursos económicos suficientes, podrá beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita que se reconoce en la Ley 1/1996, de 10 de enero. En esta página podrá comprobar con carácter orientativo si tiene o no derecho a disponer de un abogado y procurador de forma gratuita: www.justiciagratis.es/publico/. Este servicio se suele solicitar ante el Colegio de Abogados del lugar de su residencia habitual.

Otra opción es acudir a la jurisdicción civil e interponer una demanda ante el Juzgado de lo Civil de su lugar de residencia. La Constitución Española protege los derechos fundamentales, como el de intimidad, con las garantías del artículo 53, el cual establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios en un procedimiento preferente y sumario, es decir, un procedimiento que se tramita con prioridad y en que se eliminan ciertos trámites para agilizar el proceso. Y a su vez, mediante la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen desarrolla la protección de estos derechos. En su artículo 7.3, considera que la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona, como su salud, y más cuando afectan a su reputación, es una intromisión ilegítima. Mientras que el artículo 9.1 señala que “la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Asimismo, tendría que contar con la asistencia de un abogado.

En segundo lugar, vamos a analizar el hecho de haber sido atendido el último por tener VIH. Tras haber comprobado que usted tiene dicha enfermedad decide realizarle la intervención quirúrgica en último lugar y así se lo transmitió el cirujano. El artículo 29 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, señala que las garantías de seguridad y calidad se aplicarán también en los centros privados. También el artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, establece la obligación del trabajador a cumplir las normas en materia de prevención de riesgos, y a velar por la salud de sí mismo y de las personas que se puedan ver afectadas por su actividad. Por este motivo, para operar a cualquier paciente, la sala de quirófano y los materiales siempre deben estar debidamente esterilizados y a la hora de realizar la intervención, los profesionales que le atiendan deben tomar las mismas medidas de seguridad. Aplicando correctamente las normas de precaución estándar del quirófano y las Medidas Universales de Prevención de la Transmisión, no debería suponer ningún riesgo para los profesionales ni para el resto de los pacientes. A estas medidas estándar únicamente se le añaden unas precauciones adicionales en caso de que el paciente tenga una enfermedad de transmisión aérea, de transmisión por contacto, o de transmisión por gotas cuando el paciente tosa o estornude. Tras cada intervención se debe realizar una correcta limpieza, asepsia y esterilización de la sala

y de todos los materiales, por lo que aplicando correctamente las medidas para limpiar, desinfectar y esterilizar la sala, tampoco habría ningún impedimento para poder hacer intervenciones a otros pacientes después de realizar una intervención quirúrgica a una persona con VIH. Teniendo en cuenta que usted no puede transmitir el VIH al tener una carga viral indetectable, no habría ningún motivo para que le hayan operado en último lugar.

El artículo 14 de la Constitución española establece el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros motivos, por razón de enfermedad, como así ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008, al establecer que “su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”. También la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 10, fija la prohibición de la discriminación, así como el artículo 5 del Código de Deontología Médica, que establece que el médico debe atender con la misma diligencia a todos los pacientes, sin discriminación alguna. De modo que, el cirujano que le atendió vulneró su derecho a la igualdad y la no discriminación. Esto también puede ser objeto de protección mediante una demanda ante el Juzgado de lo Civil de su lugar de residencia. El artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite una vía de protección ante la jurisdicción civil por la vulneración de derechos fundamentales, como ya se dijo anteriormente, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios en un procedimiento preferente y sumario, además podrá interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, tendría que contar con la asistencia de un abogado. Por otro lado, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que la carga de prueba corresponde al demandante. Usted deberá demostrar que le correspondía haber entrado a quirófano antes que otros pacientes, además cuenta con sus familiares de testigos, ya que el cirujano dijo en su presencia que serías atendido en último lugar.

Por último, tras la operación el cirujano recomendó a su madre que limpie todo con lejía, tire los cepillos de dientes y que usted use otra vajilla. El artículo 25.3 del Código de Deontología Médica indica que la promoción de actividades preventivas sólo es deontológicamente correcta cuando tienen un valor científico probado, y en este caso, estas recomendaciones dirigidas a las personas que conviven con usted para prevenirles de que les transmitas el virus, no sólo no tienen un valor científico probado, sino que no sirven absolutamente de nada, puesto que la saliva no es una vía de transmisión del VIH. El cirujano tiene un deber de formarse médicamente de manera continuada, tal como señala el artículo 7 del Código de Deontología Médica, y, por lo tanto, debería conocer los últimos avances científicos sobre esta enfermedad. En este sentido, el artículo 41.3 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias indica que los profesionales sanitarios

están obligados a mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su titulación.

Tanto este hecho, como el resto de los hechos que relata en su consulta pueden ser reclamados en el Colegio profesional de Médicos, podrá hacerlo a través de su correspondiente página web. A través del siguiente enlace podrá formular la queja o reclamación: www.icomem.es/ventanilla-unica/quejas-reclamaciones-sugerencias. Lo que usted les cuente deberá ser valorado por una Comisión Deontológica, y determinará si existe una infracción de las normas deontológicas según el Código de Deontología Médica, y deberá emitir una resolución.

También puede presentar una queja en Atención al paciente del centro para poner en conocimiento de la dirección del hospital los hechos descritos. Deberá pedir una hoja de reclamaciones oficial, y se niegan a dársela puedes llamar a la Policía Local. Con esta hoja, puedes acudir a la Oficina de Consumo de su localidad.

El hospital en que se produjo la vulneración a sus derechos es privado, por lo que el procedimiento a seguir para reclamar es a través de la interposición de una demanda por responsabilidad civil contra los causantes del daño, ante la jurisdicción civil. El plazo de prescripción es de un año puesto que la responsabilidad es extracontractual. El plazo empieza a contar desde el momento en que se produjeron los hechos, por lo que se recomienda demandar cuanto antes.

Otra opción más es acudir a la vía extrajudicial, mediante arbitraje o mediación, para evitar iniciar una reclamación por vía judicial, por lo que deberá realizarse previamente este procedimiento antes de reclamar en vía judicial. No es necesario acudir a la vía extrajudicial para acudir a la vía judicial, pero el proceso es más rápido y económico.

Finalmente, puede solicitar en su demanda una compensación por daños morales puesto que la revelación a sus familiares es un daño que usted no tiene el deber de soportar. La STS, de 10 de diciembre de 2010, en su Fundamento Jurídico 5 expresa que “apreciada la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del recurrido por lo que respecta al daño causado atendiendo a su origen, éste puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral.

Desde esta nueva perspectiva, deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste,

paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad. La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho”.

En conclusión, el cirujano que le atendió ha vulnerado su derecho a la intimidad revelando su condición seropositiva a sus familiares y podría haber cometido un delito de revelación de secretos recogido en el artículo 199.2 del Código Penal, por lo que podrá denunciarlo ante el Juzgado de lo Penal. Además de vulnerar su derecho a la intimidad, también se ha producido una discriminación, por lo que ambos derechos podrán ser objeto de reclamación mediante una demanda ante los Juzgados de lo Civil, en procedimiento preferente y sumario. Además, podrá formular una queja o reclamación ante el Colegio Oficial de Médicos de Madrid para poner en conocimiento estos hechos, así como la desactualización de los conocimientos médicos del cirujano.

Esperamos que esta respuesta le sea de utilidad,

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

Aunque no se queda muy por detrás los casos de sustitución de medicamentos antirretrovirales que son coformulaciones a dosis fijas por sus componentes genéricos. Estos casos se producen sin informar ni al médico prescriptor ni a la persona con VIH; la sustitución se lleva a cabo por los servicios de farmacia de los hospitales. Estos casos son especialmente graves ya que se produce una quiebra del principio de legalidad. Es la consulta CESIDA-2019-89.

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

-. Una persona con VIH solicita información sobre las medidas legales que puede llevar a cabo ante el cambio de su medicación antirretroviral habitual por genéricos, medida que ha adoptado la farmacia del Hospital sin autorización de su médico.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Unión Europea. Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 6 de noviembre de 2001.

Artículo 10. Componentes de los medicamentos.

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

Artículo 9.1. Sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.

Artículo 15. Derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Artículo 25. Tutela judicial efectiva.

Artículo 43. Derecho a la protección de la salud.

Artículo 53.2. Tutela de las libertades y derechos fundamentales.

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

-. España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102.

Artículo 10. Derechos de los pacientes.

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

Artículo 31.2. Reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica.

Título V. Procedimientos especiales

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

-. España. Ley 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. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274.

Artículo 2. Principios básicos.

-. España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. *Boletín Oficial del Estado*, el 22 de noviembre de 2003, núm. 280.

Artículo 4. Principios generales.

-. España. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, publicado el 2 de octubre de 2015, núm. 236.

Capítulo IV. De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

-. España. Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 2015, núm. 177.

Artículo 2. Definiciones.

Artículo 4. Garantías de independencia.

Artículo 8. Medicamentos legalmente reconocidos.

Artículo 89. Sustitución por el farmacéutico.

-. España. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de septiembre de 2006, núm. 222.

ANEXO II. Cartera de servicios comunes de atención primaria.

-. España. Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de marzo de 2014, núm. 73.

-. España. Decreto 85/2018, de 5 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, y el Decreto 196/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, de 7 de Junio de 2018, núm. 135.

Artículo 14.k). Competencias de la Dirección General de Humanización.

-. España. Orden 605/2003, de 21 de abril, de las Consejerías de Presidencia y Sanidad, por la que se desarrolla el Sistema de Sugerencias, Quejas y Reclamaciones de la Comunidad de Madrid en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, de 8 de mayo de 2003.

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

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de amparo). Sentencia núm. 62/2007, de 27 marzo.

Hechos del caso: Recurso contra la Administración por su inactividad y pasividad para dictar una resolución tendente a proteger la salud de la funcionaria y de su estado de embarazo relevándole de la asignación de una función peligrosa que genera riesgo grave para su salud o para la gestación. El Tribunal Constitucional considera que el contenido del derecho fundamental a la integridad física comprende el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, si bien sólo implica vulneración el riesgo o daño que genere un peligro grave y cierto sobre la salud, además considera que puede verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos. El Tribunal Constitucional estima la pretensión de la funcionaria al entender que se ha vulnerado su derecho fundamental a la integridad física.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Tercero.

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de amparo). Sentencia núm. 70/2009, de 23 de marzo.

Hechos del caso: La Administración de oficio decidió jubilar por incapacidad permanente a un funcionario. Su decisión la basó en dos informes psicológicos que formaban parte de su historial clínico. El Tribunal Constitucional entiende que existe vulneración del derecho a la intimidad porque tal decisión no tuvo cobertura legal suficiente y resulta desproporcionada.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Tribunal Constitucional. Auto núm. 57/2007, de 26 febrero.

Hechos del caso: El demandante fue requerido por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, para que aportara el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia de personal. El funcionario demandó a la Administración por considerar que se vulneraban sus derechos fundamentales a la integridad física y moral en relación con la protección de la salud, entre otros. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo interpuesto por el funcionario, por considerar que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos debe suponer una lesión del derecho fundamental a la integridad física. Para ello, es requisito necesario que como consecuencia de la vulneración a la integridad física se ponga en peligro grave e inmediato la salud, o se produzca un riesgo relevante que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Tercero.

-. España. Tribunal Constitucional. Auto núm. 114/2014, de 8 abril.

Hechos del caso: Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema sanitario público de Navarra por vulneración del artículo 149.1.1, 2, 16 y 17 de la CE. El Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de los preceptos de la Ley Foral 8/2013 excepto la Disposición Adicional de la misma por ser objeto de otro recurso de amparo.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Octavo.

Respuesta fundamentada

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

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los siguientes apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, explicaremos el concepto de medicamento genérico con las ventajas e inconvenientes que suponen. A continuación, expondremos un modelo de reclamación que puede utilizar ante el Servicio de Atención al Paciente.

Índice

1. Concepto de medicamento genérico
 - 1.1. Ventajas
 - 1.2. Inconvenientes
2. Reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente
3. Recurso contencioso-administrativo

1. Concepto de medicamento genérico

Un medicamento genérico, según el artículo 2 de Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, es *“Todo medicamento que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad [...]”*.

Se trata, por tanto, de medicamentos con la misma calidad, seguridad y eficacia que sus equivalentes originales. La única diferencia relevante, entre un medicamento genérico y uno original, es el precio, debido a que los genéricos no tienen gastos referidos a los estudios preclínicos ni de promoción.

1.1. Ventajas

Las garantías/ventajas de los genéricos son las siguientes:

- Seguridad y eficacia ampliamente demostrada, ya que sus fármacos originales de referencia son principios activos que llevan 10 años o más en el mercado. Desde la perspectiva de los resultados en salud, los medicamentos antirretrovirales genéricos han demostrado ser intercambiables por los de referencia sin comprometer la seguridad ni la efectividad.
- Calidad en la prescripción, ya que el nombre del principio activo se encuentra en la denominación del medicamento facilitando la prescripción, la dispensación y la comprensión por parte del paciente.
- Racionalizan el gasto farmacéutico, al pagar menos por el fármaco, suponen un beneficio tanto para el ciudadano como para el propio Sistema Nacional de Salud (SNS) ahorrando recursos que pueden ser utilizados en otros gastos sanitarios, a la vez que favorecen la sostenibilidad del sistema.
- Su mercado está asegurado, por proceder de medicamentos originales que llevan mucho tiempo comercializados.

Sin duda, el argumento más comúnmente utilizado para defender el uso de los fármacos genéricos radica en el ahorro directo para los sistemas sanitarios. En el escenario actual de nuestro país, cambiar los tratamientos antirretrovirales prescritos de marca comercial a una formulación genérica que incluya uno, dos o tres medicamentos genéricos, podría disminuir, en términos de costes de adquisición directa, entre un 25-50% el coste de las combinaciones de marca comercial (con base en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios).

Por lo tanto, se considera esencial prescribir el tratamiento antirretroviral más eficaz, mejor tolerado y más conveniente para el paciente. Sin embargo, si se dispone de varias opciones de tratamiento, el coste debe ser considerado en la elección de los mismos, planteándose, siempre que sea posible, el uso de fármacos genéricos a la hora de diseñar un tratamiento antirretroviral individualizado, sin que afecte a la calidad de vida de los pacientes.

1.2. Inconvenientes

Actualmente, el único régimen completo en combinación a dosis fijas de fármacos genéricos de la que disponemos es TDF (Tenofovir) /FTC (Emtricitabina) / EFV (Efavirenz). La ausencia de otros comprimidos que incluyan tres medicamentos antirretrovirales genéricos, y que puedan ser usados como un tratamiento en un único comprimido, es uno de los principales inconvenientes del uso de genéricos en la práctica clínica, es decir, no existe una equivalencia en la composición entre los

medicamentos de un solo comprimido, como el que le prescriben a usted, y uno genérico, produciéndose una rotura de los componentes.

El potencial de ahorro de los genéricos debe sopesarse frente a los inconvenientes potenciales del aumento en el número de comprimidos y la afectación de la calidad de vida de los pacientes, ya que aumentar la complejidad de la pauta puede disminuir la adherencia, favorecer la adherencia parcial o selectiva a fármacos concretos, aumentar el riesgo de desarrollar mutaciones de resistencia y la necesidad de utilizar antirretrovirales más caros y con combinaciones más complejas en terapias de rescate.

En cuanto a la efectividad, varios estudios concluyen una eficacia superior de los antirretrovirales de un único comprimido en comparación con las pautas de más de un comprimido.

En conclusión, los tratamientos de comprimido único se asocian con menores tasas de hospitalización, un menor uso de recursos sanitarios, mejor calidad de vida, menor coste sanitario global, y un mayor coste-eficacia. Por regla general, desde noviembre de 2011 los realizan la prescripción de los tratamientos por principio activo en lugar de hacerlo con la marca comercial, por mandato del SNS, es decir, la Administración recomienda a los médicos que prescriban medicamentos genéricos en lugar de los de marca comercial. El principio activo es el nombre de la sustancia química que compone el medicamento y que produce el efecto farmacológico.

Por lo tanto, su farmacéutico le dispensará el medicamento más barato de cada principio activo, exceptuando aquellos casos en los que por razones terapéuticas o de salud no se pueda producir la sustitución, como en el caso de los tratamientos antirretrovirales. De esta manera, le proporcionarán un medicamento con un principio activo idéntico al de marca, que es lo que garantiza el efecto terapéutico, este es el argumento que utiliza la farmacia del hospital, no obstante, esto no se cumple en el tratamiento antirretroviral de único componente, puesto que como hemos indicado, se produce una rotura de los componentes.

2. Reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente

Es importante destacar, que según la legislación vigente (artículo 4.4 del RDL 1/2015; artículo 87.2 del RDL 1/2015) la prescripción de los fármacos antirretrovirales genéricos cumpliría con el criterio del uso racional a través del principio de mayor eficiencia para el sistema porque se protegería la salud de las personas con infección por VIH a través de la prestación farmacéutica utilizando el mínimo de recursos presupuestarios posibles.

Debe tener en cuenta que en España, por lo tanto, se prioriza la prescripción de los medicamentos antirretrovirales genéricos sobre los medicamentos antirretrovirales de referencia. La priorización se garantiza mediante la sustitución. No obstante, en su

caso no se cumplen los criterios para poder sustituir su tratamiento por un medicamento genérico.

Por esta razón, a continuación, le expondremos un modelo de argumentación para que pueda copiar en el formulario que proporcionar el Servicio de Atención al Paciente del hospital, disponible en el siguiente enlace:

<https://servicioselectronicos.sanidadmadrid.org/CESTRACK/formulario.aspx?ID=12>

A través del enlace arriba indicado, que se encuentra en la página oficial del Hospital, la Consejería de Sanidad pone a su disposición una vía de comunicación para que pueda poner en conocimiento de la Administración Sanitaria las deficiencias, retrasos o anomalías que perciba en la prestación de sus servicios sanitarios.

Las reclamaciones y sugerencias formuladas por este medio no tendrán la consideración de recurso administrativo, ni su presentación suspenderá los plazos para el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales que en derecho pudieran corresponderle.

Asunto: Queja por deficiencias en la prestación farmacéutica del Hospital Universitario ***

A LA SUBDIRECCIÓN DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN AL PACIENTE

DON..., con NIF.... y dirección a efectos de notificación en ..., comparezco ante este órgano y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO

Que, por la presente, se interpone reclamación ante la Subdirección de información y Atención al Paciente, en virtud del artículo 14.k) del Decreto 85/2018, de 5 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, y el Decreto 196/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud, por el mal funcionamiento del Hospital Universitario *** en la prestación del servicio farmacéutico a pacientes con VIH.

Que considerando no ajustada a Derecho la actuación del Hospital Universitario *** se presenta el presente escrito con base en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Actualmente, soy una persona con VIH que recibe el tratamiento antirretroviral en el Hospital Universitario ***.

SEGUNDO.- El día... (poner la fecha exacta) acudí al Hospital Universitario *** para continuar con el tratamiento, ya que se me estaba terminando. En ese momento me comunicaron que dejarían de suministrarme el tratamiento que estoy tomando actualmente, prescrito por mi médico, y que me lo sustituirían por uno genérico, con mayores efectos secundarios que se pueden comprobar en mi historia clínica y que producen menor adherencia según varios estudios publicados (Llibre, J.M. et alii (2010), “El papel de las combinaciones de antirretrovirales a dosis fijas en el tratamiento de las infección por VIH-1”, Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica, 28:9, 615-62).

TERCERO.- Considerando que esta práctica no se ajusta a Derecho, interpongo la presente reclamación con base en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El principio de uso racional de los medicamentos y el derecho a la elección del tratamiento

En primer lugar, hay que destacar que los medicamentos de referencia para que puedan ser sustituidos por genéricos deben cumplir dos requisitos: la intercambiabilidad y la sustitución (artículo 2.g del RDL 1/2015; artículo 10 de la Directiva 2001/83/CE).

En este punto es importante recordar que el principio de autonomía del paciente reconocido en 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, en relación con el consentimiento del paciente sobre los tratamientos, adquiere mayor relevancia en este caso como se detallará a continuación.

Asimismo, el médico tiene libertad de prescripción, entendida como “*plena autonomía técnica y científica*” (artículo 4.7 de la Ley 44/2003), que debe efectuarse “*en la forma más apropiada para el beneficio del paciente*” (artículo 87.1, apartado primero del RDL 1/2015). Por esta razón, si el médico prescriptor considera que, por necesidades clínicas, el fármaco antirretroviral de una persona debe basarse en un fármaco de referencia, como sucede en mí caso, no podrá producirse la sustitución del mismo si concurren las siguientes razones:

- La sustitución del fármaco antirretroviral puede producirse solamente si fuese posible acceder a un medicamento más barato que tuviese igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación. Se trataría de mí caso, en el que una coformulación a dosis fija es sustituida por un tratamiento que mezcla medicamentos antirretrovirales de referencia y medicamentos antirretrovirales genéricos (artículo 89.2 del RDL 1/2015).

- Al igual que la Administración controla que la prescripción se haga de forma correcta y que en caso de incumplimiento se produzca la sustitución del medicamento, de igual forma la Administración está obligada a cumplir con los criterios legales que regulan

dicha sustitución (artículo 9 de la Constitución) y que impiden la misma cuando el medicamento genérico no tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación (apartado segundo del artículo 89.2 del RDL 1/2015).

Esto es lo que ocurre en mi caso, puesto que la medicación que me ha prescrito mi médico es una combinación en un comprimido de Isenstress y Descovy, composición que no existe en genérico, por lo que no sería intercambiable, ya que es contrario al artículo 2 de la Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, es *“Todo medicamento que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad [...]”*.

Por lo tanto, cabe afirmar que la coformulación a dosis fija se podría sustituir, pero no romper, como ocurre en mi caso, además de que mi médico no lo desaconseja.

Por lo que si finalmente se produce la sustitución, se estaría vulnerando el artículo 25.1 de la Constitución Española, puesto que no se estaría respetando las exigencias de tipicidad que se derivan del principio de legalidad que consagra el referido precepto constitucional. En el presente caso únicamente se indica que van a proceder a sustituir mi medicación por genéricos, pero conforme al principio de tipicidad, no se tiene en cuenta las indicaciones de mi médico ni la regulación en esta materia expresada en los párrafos que preceden, que impiden claramente la sustitución en el caso de no existir un genérico con la misma composición y forma farmacéutica que el medicamento de referencia que se pretende sustituir.

Por lo tanto, la sustitución solo podrá realizarse si la persona consiente cambiar la coformulación a dosis fija por un tratamiento con una diferente composición, forma farmacéutica, vía de administración o dosificación. En España, si la persona con infección por VIH no consiente el cambio, esto es, si no renuncia a ejercer su derecho la sustitución no podría realizarse, puesto que el medicamento genérico no tiene igual composición.

Si la sustitución se impone, se estaría vulnerando mi derecho *“a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado”* (artículo 10.14 Ley 14/1986).

En resumen, por todo lo expuesto, en mi caso no se puede sustituir mi medicación antirretroviral prescrita por mi médico por genéricos, al no cumplirse los requisitos legalmente exigidos, desaconsejarlo mi médico y no contar con mi consentimiento, puesto que sería perjudicial para mi salud al producirse una ruptura en los componentes, al pasar de una dosis fija a una mezcla de medicamentos antirretrovirales de referencia y medicamentos antirretrovirales genéricos.

SEGUNDO. Vulneración del derecho a la vida y a la integridad física

Mi salud se puede ver notablemente afectada si no se me suministra la medicación exacta recetada por mi médico, puesto que, al no existir una medicación genérica intercambiable, me produciría unos graves problemas de tolerancia, gran toxicidad y, a su vez, problemas de adherencia.

El derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas es un derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE en relación con el 43 CE.

De esta manera, el artículo 15 CE establece que:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. [...]”.

Por su parte, en el artículo 43 CE:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. 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 establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

[...]”.

En este sentido se ha pronunciado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional, destacando la STC núm. 62/2007, de 27 marzo que, en relación con el artículo 15 CE, señala que:

“[...] su ámbito constitucionalmente garantizado protege «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120] , F. 8, y 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119] , F. 5). [...] Por otra parte, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo [RTC 1996, 35] , F. 3), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5] , F. 4, y 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119] , F. 6)”.

De igual manera, cabe destacar el Auto núm. 57/2007, de 26 febrero, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, estableciendo que:

“Para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de aquélla

se «ponga en peligro grave e inmediato la salud » (STC 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119] , F. 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 220) , llamó «un riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado» (F. 4). En el mismo sentido, la STC 5/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 5) (F. 4), declaró que «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma». Además, hemos dicho que, cuando se aleguen ante nosotros vulneraciones del derecho fundamental a la integridad física por haberse sometido al interesado al citado «riesgo relevante» para su salud , la declaración de la lesión del derecho fundamental a la integridad física que se infiera de ese riesgo relevante «sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediación» (STC 220/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005, 220] , citada, F. 4)».

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Auto del 114/2014, de 8 de abril, establece que:

“para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud , es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE (RCL 1978, 2836) , en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud , cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada “ a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.1 y 2 CE)” (STC 126/2008, de 27 de octubre [RTC 2008, 126] , FJ 6). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos caso VO c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”.

De todo lo expuesto se deduce que el derecho a la integridad física se vulnera por las acciones de la Administración Sanitaria que ponga en riesgo la salud, como es el caso de sustituir medicación que no tienen una idéntica composición atendiendo únicamente a criterios económicos.

En conclusión, la actuación de la farmacia del Hospital Universitario *** pone en grave riesgo mi salud al suministrar tratamientos antirretrovirales genéricos que no tienen

la misma composición que los recetados por mi médico, acelerando la progresión de mi enfermedad y vulnerando así mi derecho a la vida y a la integridad física.

TERCERO. Consecuencias legales de los hechos

En el caso de que se me llegara a intercambiar mi tratamiento por uno genérico que no tenga la misma composición, me veré en la obligación de emprender las medidas legales oportunas, interponiendo una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, puesto que tengo derecho a ser indemnizado por la lesión a mi derecho a la salud y a mi integridad física y moral, ocasionada a consecuencia del funcionamiento del servicio de farmacia del Hospital Universitario ***, como establece el artículo 106.2 de la CE y los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Para que un paciente sea indemnizado se debe declarar la responsabilidad patrimonial de la administración y cumplirse los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Tal y como prevén los artículos 106.2 de la CE y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se entienden como daños resarcibles *“toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, y en todo caso, el particular no tenga el deber jurídico de soportar”*.
- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Como ocurre en mi caso, puesto que al intercambiar mi tratamiento por uno genérico que no tiene la misma composición se produciría un perjuicio en mi salud e integridad física.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que la lesión efectiva de los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación de indemnizar a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa que lo justifique. Requisito este que concurre en mi caso, ya que, como consecuencia de la actuación del servicio de farmacia del Hospital Universitario ***, me ocasionarían unos daños morales y físicos por el tratamiento recibido y por el empeoramiento de salud, hecho que no tengo la obligación de soportar.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO

Que se tenga por presentado este escrito contra la actuación del servicio de farmacia del Hospital Universitario *** y, con base en los preceptos legales y jurisprudenciales

expuestos, cese en su conducta de sustituir los tratamientos antirretrovirales de las personas con VIH por medicamentos genéricos que no tienen la misma composición.

En Madrid a de de 2019

Firma (con nombre y apellidos)

Por último, si esta reclamación no surte el efecto deseado y, por tanto, se sustituye su tratamiento negándole el prescrito por el médico, podría interponer un recurso en vía administrativa directamente ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid una vez se haya producido el cambio. Si se encuentra en esta situación, no dude en volver a ponerse en contacto con la Clínica Legal para ayudarle con el escrito de interposición del recurso.

Por otra parte, y siempre que ya se haya producido la sustitución del tratamiento, es posible interponer directamente un recurso contencioso-administrativo ante el órgano judicial competente sin acudir previamente a la vía administrativa para la defensa de los derechos fundamentales, a continuación, le explicaremos en qué consiste este recurso.

3. Recurso contencioso-administrativo

En este caso, al encontrarnos en la vía judicial, es necesaria la intervención de un/a abogado/a y de un/a procurador/a. Es importante tener en cuenta que si ha interpuesto una reclamación en vía administrativa ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid debe esperar a que se pronuncien antes de acudir a la vía judicial.

En cuanto al procedimiento judicial contencioso-administrativo, esta pretensión se dirige contra cualquier actuación administrativa que vulnere los derechos o intereses del administrado.

Esta pretensión se encuentra recogida en el artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA): *“También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”*.

El planteamiento de la pretensión de reconocimiento presupone el desconocimiento o la negativa de la administración de atribuir un derecho que el administrado considera le corresponde. En otras palabras, la administración adopta una actitud que niega, refuta o rechaza un derecho o interés del administrado, por ejemplo, como en este caso, sustituirle la medicación.

La Constitución Española en su artículo 53.2 exige que el procedimiento que se desarrolle para la defensa de los derechos fundamentales se base en los principios de preferencia y sumariedad. La especialidad de esta vía de protección no radica en el

órgano jurisdiccional, que siguen siendo los jueces y tribunales ordinarios, sino en los derechos que pueden ser objeto de este tipo de proceso.

El proceso solo es utilizable en relación con los derechos reconocidos en la Sección I del Capítulo II del Título I, más el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución). Los derechos allí recogidos son los que tienen una especial garantía jurisdiccional.

La LJCA regula en el Capítulo I de su Título V (artículos 114 a 122) el proceso especial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo. Se trata de un procedimiento especial, en el que, a diferencia del proceso ordinario, no es necesario agotar la vía administrativa, por lo que se puede interponer el recurso directamente ante los Tribunales.

Por lo tanto, si decide acudir a la vía judicial se debería seguir este procedimiento de carácter preferente para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados y, en consecuencia, de tramitación más breve y rápida que los procedimientos ordinarios. Si tiene cualquier otra duda sobre el procedimiento y si, finalmente, decide acudir a la vía judicial, no dude en volver a ponerse en contacto con la Clínica Legal para mayor información.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH.

Por otro lado, las personas con VIH siguen viendo cómo se les deniegan servicios en clínicas estéticas o en tiendas de tatuajes o se les ofertan los mismos servicios pero con sobrecostes, siendo el VIH la razón en ambos casos. En el primer caso se considera que las personas con VIH constituyen un riesgo para la salud de terceras personas sobre el que no puede realizarse ninguna intervención para reducirlo; en el segundo caso el coste de las intervenciones que se consideran necesarias para reducir el riesgo y proteger la salud de terceras personas directamente se carga a la persona con VIH. Es lo que ocurrió en la consulta CESIDA-2019-122.

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

-. El usuario nos consulta si es legítimo o si por el contrario constituye un acto discriminatorio que se le cobre un suplemento de 700 euros por someterse a un tratamiento de micropigmentación capilar, siendo la justificación del cobro de dicha

cuantía que el técnico que lo realizaría “corre un riesgo” al realizárselo a una persona que tiene VIH. Pues según la experiencia del usuario, no se le había cobrado anteriormente tal suplemento en otras clínicas a las que había acudido para el mismo tratamiento, aún a sabiendas de que tiene VIH. El usuario le proporciona al técnico dicha información de forma voluntaria y de buena fe.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . Constitución española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. Artículos 14.
- . Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281. Artículos 248 y 510.
- . Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215. Disposición adicional única y artículo 128.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806. Artículos 264 a 268.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 y 259. Artículo 1902.
- . Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 268, de 6 de noviembre de 2009, páginas 92708 a 92778. Anexo I, apartados 1, 2, 8.
- . Comunidad Autónoma de Andalucía. Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea (piercing). *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 116, de 20 de junio de 2017, página 10. Artículo 12, 15.2, 15.3.

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

- . Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.
- . Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 154, de 26 de mayo de 2008.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario:

Antes de responder a su consulta, queremos agradecerle la confianza que ha puesto en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, pues no solamente nos permite ayudarle en su problema sino que también contribuye al desarrollo de nuestros conocimientos jurídicos y nuestro progreso académico.

Nos ha comunicado usted que tiene dudas sobre la legitimidad de que se le cobre un suplemento de 700 euros por la realización de un tratamiento de micropigmentación capilar en base a que, según el técnico que la realizaría, este corre un riesgo al tener usted VIH. Concretamente, nos ha planteado usted la cuestión de si puede ser un acto discriminatorio o incluso un delito.

Encontramos aquí varias cuestiones que deben ser analizadas y resueltas. Por un lado, tenemos que ver en qué medida está justificado ese suplemento. En segundo lugar, si el VIH supone un riesgo de transmisión para la persona que vaya a efectuar el tratamiento de micropigmentación capilar, lo que también nos llevará a estudiar en qué consiste el mismo y si en el mismo puede verse comprometida alguna de las vías de transmisión. En tercer lugar, está el hecho de que usted ha proporcionado información sobre su estado serológico respecto del VIH, de forma voluntaria y de buena fe, a esta persona que le realizaría el tratamiento, pues habrá que ver si en este contexto específico que usted nos plantea es realmente necesario dar esa información. Por último, si concluimos que la medida, consistente en cobrarle el suplemento, se ha producido por motivos discriminatorios, le explicaremos las acciones de las que usted dispone para poder reclamar su derecho a no ser discriminado.

La micropigmentación capilar es una técnica que consiste en inyectar pigmentos bajo la piel del cuero cabelludo con una finalidad estética. Se lleva a cabo con un instrumento denominado dermógrafo, un dispositivo empleado únicamente para este tipo de tratamientos (micropigmentación o maquillaje permanente). El movimiento del motor que lleva incrustado es de tipo bidireccional, el cual es transmitido hasta la aguja que entra en contacto directo con la piel del paciente. Debe incorporar un sistema de prevención de reflujos para evitar el paso y penetración de fluidos corporales, ya sea sangre o sudor entre otros, así como también evita el paso de pigmentos hacia el interior, para que no exista riesgo de contaminación cruzada, conforme a la normativa aplicable. Dicha normativa es el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por la que se regulan los productos sanitarios. La misma establece, por un lado, unos requisitos generales, y por otro, específicos dependiendo del fin del producto. En cuanto a generales, los productos deberán diseñarse y fabricarse de tal forma que su utilización no comprometa el estado clínico o la seguridad de los

pacientes y usuarios (usuarios a efectos de esta norma aquellas personas que vayan a utilizar el producto, el técnico o tatuador). Esto implica evitar cometer errores a la hora de utilizar ese producto, teniendo en cuenta las características del mismo, así como el entorno en el que se vaya a utilizar. De igual modo implica tener en consideración los conocimientos técnicos, la experiencia, la formación, el adiestramiento y las condiciones médicas y físicas de los usuarios (ya sea o no profesional, tenga o no enfermedad) (ANEXO I. I. *Requisitos generales*. Apartados 1 y 2). Así también, el apartado 8, hace referencia expresa a los requisitos que ha de cumplir el producto en cuanto a infección y contaminación microbiana. Dichos productos y sus procedimientos de fabricación deberán diseñarse de forma que se elimine o se reduzca lo más posible el riesgo de infección para el paciente, para el usuario y para terceros, de ahí que el dermógrafo en concreto deba tener un sistema especial para que no permita el paso de flujos corporales en el cuerpo de la persona, al penetrar la piel.

Lo dicho hasta ahora nos hace comprender que los productos destinados a este tipo de tratamientos están sometidos a un control especial, pero más importante aún, están diseñados para evitar transmisiones de fluidos, contaminación, infecciones o contagios. Los productos están hechos a consciencia de que cualquier persona sobre cuyo cuerpo se emplee el producto o cualquier persona que utilice el producto para aplicarlo sobre otra, podría tener una enfermedad, infección, virus, y por ello, este tipo de materiales como es el dermógrafo bloquean el paso de esos fluidos que podrían ser contaminantes al ser objetos punzantes que penetran la piel.

Este es un dato de especial relevancia en un caso como el que usted nos plantea. Hay que saber que ya el mismo producto que se emplea está diseñado previendo situaciones de transmisión, infección y contagio, al no permitir el paso de fluidos. El técnico que realiza la micropigmentación capilar debe tener conocimiento de ese dato también y tenerlo en cuenta, sobre todo a la hora de tratar a una persona con VIH.

No es más que una evidencia de lo avanzada que está la técnica, las medidas de seguridad, el control de productos sanitarios con o sin fines de curación, pues en este caso el fin es estético, pero el material que se utiliza entra en contacto directo con la piel. Y no solo un avance en la fabricación de productos de esta índole y su diseño, sino también el entorno en el que se van a emplear. Tienen relevancia las medidas de esterilización, higiene y seguridad. Así se establece, en el Decreto 71/2017, de 13 de junio, la regulación específica de las condiciones higiénicas sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea (piercing). Este Decreto es una norma autonómica perteneciente a Andalucía, pues según los datos que hemos recibido de usted, la clínica a la que usted intentó acudir y en la que le quieren cobrar un suplemento está situada en Málaga.

En el Decreto se expresa una manifestación de las medidas de precaución universales. Las precauciones universales parten de lo siguiente: “todos los pacientes y sus fluidos

corporales independientemente del diagnóstico de ingreso o motivo por el cual haya entrado al hospital o clínica deberán ser considerados como potencialmente infectantes y se debe tomar las precauciones necesarias para prevenir que ocurra transmisión”, aunque se esté hablando de un ámbito sanitario hospitalario, también es aplicable a este entorno al igual que en una clínica dental o similar. En otras palabras, cuando el técnico está trabajando, su entorno y material de trabajo, así como la forma de realizarlo, debe de haber previamente tomado las medidas de esterilización, higiene, cuidado y seguridad pensando en que toda persona que entre en su estudio, clínica o centro y se someta a un tratamiento, tiene una infección, virus, enfermedad o cualquier otra condición. Debe de tratar a todos como si todos tuviesen VIH. No se trata de prestar una atención diferente ni unas medidas higiénicas y de seguridad diferentes dependiendo de si el cliente tenga o no diagnosticada una enfermedad, todos los clientes deben ser potencialmente peligrosos, tengan o no VIH.

El Decreto 71/2017 establece que los utensilios y materiales que atraviesen o penetren la piel, tales como agujas, electrodos, cuchillas, jeringuillas, tintas y similares, deberán ser siempre estériles y de un solo uso (artículo 12). En la aplicación de las técnicas de micropigmentación, tatuaje o perforación cutánea deberán utilizarse siempre guantes para manipular las agujas o los utensilios que hayan de entrar en contacto directo con la piel o mucosas de la persona usuaria. Los guantes serán de un solo uso y deberán ser sustituidos con cada persona usuaria, debiendo ser desprecintados en presencia de la persona usuaria.

Deberá cumplir con las siguientes normas de higiene (artículo 15.2): a) Lavarse las manos con agua y jabón antiséptico antes de iniciar cualquier práctica y al finalizar la misma, así como cada vez que dicha práctica se reemprenda en caso de haber sido interrumpida. b) Mantener protegida e impermeabilizada las zonas de su piel afectadas por cualquier herida o pérdida de revestimiento cutáneo que hayan sufrido por cualquier causa y, cuando ello no sea posible, abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda suponer contacto directo con personas usuarias o con el instrumental y el material, hasta su curación. c) Esterilizar, desinfectar o sustituir, según proceda, el instrumental del que se sospeche que haya podido contaminarse por cualquier eventualidad durante la aplicación de estas técnicas.

Todas las manipulaciones deberán respetar las normas básicas de protección y prevención en la transmisión de enfermedades y obedecer a unas buenas prácticas de higiene (Artículo 15.3). se tendrá en cuenta lo siguiente: a) Como requisito básico, antes de cualquier manipulación se procederá a la desinfección de la piel con povidona yodada u otro desinfectante de análoga eficacia. b) Las tintas que vayan a utilizarse para cada persona usuaria y sesión deberán proceder de envases unidosos. En caso de que esto no sea posible, el envase establecerá la garantía de esterilidad del contenido y su diseño asegurará que su contenido no se contaminará durante el período de uso. c) Se aplicarán barreras de protección frente a salpicaduras de sangre. d) Los objetos cortantes o punzantes que puedan estar contaminados con

sangre se manejarán y desecharán de manera adecuada para prevenir accidentes. e) En el caso de que el material caiga al suelo deberá esterilizarse, o desinfectarse, según proceda, antes de usarlo nuevamente. f) En el supuesto de que haya que trasvasar geles y cremas para su aplicación individualizada, se utilizarán hisopos de un solo uso.

Como puede ver, teniendo en cuenta todas estas medidas que un técnico/tatuador debe tener en cuenta y acorde a las cuales debe actuar a la hora de realizar una micropigmentación capilar, no es muy comprensible que una persona en este ámbito le hable de que corre riesgo su vida al realizarle esta técnica por tener usted VIH, pues si sigue las precauciones universales, a las que realmente está obligado como profesional de conformidad con la ley, cualquier técnico cualificado para ello, no debería de tener problema alguno para realizar esa intervención, y menos aún pedirle un suplemento de 700 euros por ello.

Respecto del VIH conocemos las vías de transmisión y también sabemos lo avanzado que está el tratamiento, pues el avance en el tratamiento es paralelo al del avance de la técnica de micropigmentación y de los materiales que se emplean. Respecto a las vías de transmisión, cuestión sobre la que se ha pronunciado tanto el Ministerio de Sanidad como la OIT (Organización Internacional del Trabajo) al decir que el VIH se transmite a través de los fluidos corporales, en particular la sangre, semen, secreciones vaginales y la leche materna, dando lugar a tres vías de transmisión: sexual, sanguínea y materno filial. Especialmente la OIT ha declarado que el VIH no se transmite por contacto físico casual (tos, estornudar, besar, por compartir el lavabo y los servicios, por usar cubiertos o consumir la misma comida y bebida, ni tampoco por la picadura de mosquitos u otros insectos).

Ahora bien, tendría sentido que uno pensara que la micropigmentación al ser una técnica que implica la utilización de un objeto punzante que entra en directo contacto con la piel y por tanto con la sangre, pueda afectar a una de las vías de transmisión del VIH, pero eso nos hace volver a lo inicialmente dicho. Este tipo de tratamientos están tan avanzados, su técnica, las medidas de seguridad e higiene que aun implicando alguna de las vías de transmisión, no significa que se produzca la transmisión, gracias a las precauciones universales. En primer lugar, porque para que haya una transmisión sanguínea efectiva, además de tener una herida sangrante el cliente o usuario, también debe tenerla el técnico, y que ambas heridas entren en contacto con un rozamiento persistente, lo cual difícilmente va a pasar si el técnico lleva guantes, y todo su cuerpo protegido con bata y con mascarilla, es decir, llevando el atuendo y material obligado en esos tratamientos. En segundo lugar, porque como ya hemos dicho, el dermógrafo tiene un sistema que recoge la sangre y cualquier fluido para no permitir que pase. Y, en tercer lugar, si una persona con VIH tiene la carga viral indetectable, es equivalente a una transmisión prácticamente nula, como han podido confirmar los estudios *Partner* y *Opposites Attract*. Si bien estos estudios han sido dirigidos a un análisis sobre la vía sexual, concluyendo que las personas que se someten a tratamiento antirretroviral efectivo y tienen una carga viral

indetectable, incluso teniendo otra enfermedad de transmisión sexual, no incrementan su riesgo de transmisión, también han declarado que se considera que si la carga viral en sangre es baja tampoco se produciría una transmisión por esa vía.

Con base en lo dicho, no consideramos que sea una medida legítima el exigirle un suplemento de 700 euros para realizarse la técnica de la micropigmentación capilar. Consideramos que está recibiendo usted un trato diferenciado respecto de otras personas por tener VIH, pues entendemos que un suplemento de tal cantidad no se lo exigen a todos, solo porque considera que con usted corre un riesgo, y hemos dicho que ese riesgo no está justificado. Además, esa cantidad en concreto, no sabemos en base a qué elementos la ha cuantificado. Deducimos que es por la utilización del material extra o las medidas de higiene y seguridad extra, es lo que constituye esos 700 euros, pero esto no tendría sentido, si hemos dicho que debe de tratar a todos los clientes como si todos tuviesen una infección o virus. No se pueden establecer mejores o peores medidas de protección e higiene con unas personas u otras en base a su condición de salud.

Pues bien, ese trato diferenciado e injustificado da lugar a una discriminación por razón de salud, discriminación que está prohibida por la Constitución española (CE) en su artículo 14, si bien no aparece explícitamente por razones de salud, se trata de una lista abierta y los tribunales sí la han reconocido como causa de discriminación prohibida por el precepto (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo). Los tribunales afirman que para poder decidir sobre si una medida es o no discriminatoria debe de llevarse a cabo un juicio de proporcionalidad (STC 206/2007, de 24 de septiembre). Implica el estudio de la razonabilidad de la medida y, por otro lado, la proporcionalidad respecto de los medios empleados y la finalidad perseguida.

En cuanto a la razonabilidad de la medida podemos afirmar que no lo es, precisamente por pedir un suplemento con una cuantía cuyo sentido no queda muy claro, porque no puede destinarla a “reforzar” el material e higiene por tratar a una persona con VIH, porque debe de aplicar las precauciones universales, y porque los productos utilizados ya están previstos para tratar a clientes con VIH. Si la finalidad perseguida es evitar un riesgo para la vida del técnico, primero habrá que determinar si realmente existe riesgo, y como hemos dicho no existe, entonces la conclusión es que no existe tampoco esa proporcionalidad respecto de los medios y la finalidad.

Ante esta situación usted puede emprender acciones, para evitar que se le cobre tal suplemento y parar esa situación de discriminación. La primera opción de la que dispone es acudir al centro donde se produjo el hecho, donde el técnico trabaja, de ese modo quizá pueda llegarse a un convenio o acuerdo y así evitar que la situación vuelva a producirse, sin ir más lejos.

Por desgracia, no existe un colegio de técnicos de micropigmentación o similar, y por tanto, tampoco un código deontológico que establezca pautas de actuación y acciones cuando esas pautas se omiten. Lo que nos limita a la hora de emprender

acciones. Ahora bien, sí hay una vía a su alcance que es la de los usuarios y consumidores. Veamos.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su última actualización, ha establecido de forma expresa una serie de prohibiciones concernientes a las personas con VIH, en concreto, una de estas es la prohibición de denegación al acceso a la contratación o establecimiento de procedimientos diferentes de contratación y/o la imposición de condiciones más gravosas u onerosas por tener VIH u otras condiciones de salud, salvo justificación, proporcionalidad y razonabilidad.

Además de la nulidad, se podrá acudir a la vía de la responsabilidad civil que otorga, en el ámbito de los servicios, el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, en el que se establece que los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios. Respecto al daño moral que haya podido ocasionarle la actuación del técnico la responsabilidad podrá ser exigible a través del artículo 1902 del Código Civil, pues obliga a reparar, a todo aquel que haya ocasionado daño mediante una acción (u omisión) interviniendo culpa o negligencia. Esto forma parte de la garantía jurisdiccional de la que goza el derecho a la igualdad y no discriminación reconocida en el artículo 14, supone el procedimiento judicial preferente y sumario. Si esta vía de la responsabilidad civil no prospera, se puede acudir a la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Supremo. Ahora bien, esta última vía es difícil que prospere puesto que primero hay que agotar todas las vías posibles en los juzgados ordinarios.

Tiene la opción de acudir a la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC). Se trata de un servicio gratuito de información y orientación a las personas consumidoras y que además puede mediar entre el consumidor y el empresario o establecimiento comercial para intentar una solución amistosa cuando surge un conflicto. En Málaga puede acudir a la oficina en la dirección Paseo Antonio Machado, 12 cuyo horario es de 09:30 a 13:30 horas. El trámite consiste en presentar una reclamación de consumo contra la otra parte, alegando que ha vulnerado sus derecho como persona consumidora en base a lo que le hemos explicado a lo largo de esta ficha. El trámite podrá realizarse en línea, presencialmente en las Oficinas de registro municipales, así como en los registros de otras Administraciones Públicas, también cabe la posibilidad de hacerlo por correo, mediante un escrito firmado a la OMIC Central (Calle Príncipe de Vergara, 140) o en las OMIC de Distrito. En el enlace siguiente podrá encontrar los impresos necesarios y la información adicional: <https://sede.malaga.eu/es/tramites-de-lectura-facil/detalle-del-tramite/?id=212&tipoVO=5#.XX-5yot1PIU>

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias también pone al alcance de los usuarios un sistema

arbitral del Consumo (Artículo 57). Se trata de un sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores y usuarios y empresarios a través del cual se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, con carácter vinculante para las partes. Se inicia con la formalización de una solicitud de arbitraje (en este enlace www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/consumo/arbitraje/formulario_solicitud_arbitraje.pdf), puede presentarse en la Junta Arbitral de Consumo o a través de una Asociación de Consumidores. Recibida la solicitud deberá comprobarse si cumple con los requisitos para tramitarla, si el profesional reclamado está adherido al sistema, se acordará el procedimiento arbitral, si no lo está, se le notificará y en 15 días deberá manifestar si rechaza o acepta la invitación al arbitraje. Si el profesional lo rechaza no se le puede obligar a someterse al sistema arbitral, puesto que este se basa en la voluntariedad.

Nos preguntó usted si podía constituir un delito. En este caso el Código penal tipifica en el artículo 510 la conducta consistente en fomentar, promover o incitar de forma directa o indirecta públicamente la discriminación por razones de enfermedad, entre otras. Ahora bien, uno de los requisitos es que sea de forma pública, lo cual no podemos determinar con certeza en su caso. En consecuencia, si faltase este requisito, no constituye la conducta un ilícito penal. Por otra parte, sí cabría hablar de un delito de estafa en grado de tentativa tipificado en el artículo 248, es decir, ha habido un intento de cobrarle una cantidad indebida intentando engañarle e induciéndole al error, pues estos son los requisitos básicos, entendemos que estos elementos se evidencian en el hecho de que haya intentado cobrarle un suplemento de 700 euros con base en razones no justificadas y que no son verdaderas, ni tampoco con buena fe, pues el riesgo del que habla en realidad no se da en ese ámbito y en esa técnica concretamente. Se trataría de un intento que no ha prosperado, puesto que usted se ha dado cuenta del engaño al no parecerle muy razonable que le haya exigido esa cantidad con base en un argumento de mayor riesgo en su tratamiento. El delito de estafa es una posible hipótesis, debido a que quizá no prospere si el engaño, como elemento esencial de la estafa, no ha sido bastante, debido a que usted se dio cuenta de que podía estar ante un abuso del derecho y ante unas razones poco consistentes para exigirle tal cantidad.

Si decide acudir a la vía penal, deberá presentar una denuncia, conforme al procedimiento establecido en los artículos 264 a 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la denuncia deberá prestar sus datos personales, así como los hechos sucedidos que han dado lugar al presunto delito. Si se estima que hay delito, las acciones se podrían acumular, porque dentro del proceso penal se puede exigir responsabilidad civil derivada del delito, que normalmente podrá ser una indemnización por daños y perjuicios (artículo 110.3 CP).

Para estos procedimientos no será obligatoria la asistencia de abogado, salvo en dos casos: si usted quisiera presentarse como parte del procedimiento para que pueda

presentar y solicitar todas las diligencias que a su derecho convengan, así como en el caso de que quisiera presentar una querrela, en este último caso además de abogado deberá personarse con procurador. Si no puede valerse de uno propio puede solicitar la asistencia jurídica gratuita. La Ley de asistencia jurídica gratuita exige una serie de requisitos: recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales: a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar. b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros. c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente (artículo 3). Si cumple con dichos requisitos el procedimiento que ha de seguir para la solicitud de la asistencia consiste en instar ante el Colegio de Abogados del lugar donde resida o ante el juzgado de su domicilio, dando este traslado al Colegio (artículo 12). En la solicitud deberá indicar de forma expresa las prestaciones a las que se solicite el reconocimiento de derecho y se harán constar, acompañando con la documentación que se le exija para acreditar los datos respecto de su situación económica y patrimonial y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer (el delito) y las partes contrarias en el litigio (el profesional técnico) (Artículo 13).

Antes de dar fin a la respuesta, le comentamos que usted no está obligado a dar información sobre su estado serológico respecto del VIH, este es un dato de carácter personal que goza de una especial protección, y si la información no es pertinente y tampoco necesaria no tiene por qué darla, sólo será pertinente o necesaria en casos muy específicos tasados en la Ley de Protección de datos de carácter personal. Normalmente al iniciar un tratamiento de micropigmentación capilar se debe presentar un análisis general, pero ese análisis no contiene la prueba específica de detección del VIH, por lo que si usted no da esa información no estaría actuando de mala fe, además de no ser necesario ese dato.

Esperemos que la información le sea de ayuda y le animamos a que vuelva a escribirnos sobre cualquier otra consulta que tenga.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Y, por último, si se observan los casos de la Clínica Legal, en la población española siguen produciéndose muchos casos de serofobia, que con la utilización de las redes

sociales tienen un mayor impacto en la intimidad y privacidad de las personas con VIH. En la consulta CESIDA-2019-60 puede observarse cómo la amenaza de revelar un dato sensible como es la condición de salud de una persona puede tener un efecto devastador en la salud de la persona con VIH.

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

-. Persona con VIH recibe un mensaje por una red social que parece amenazante en relación con la divulgación de su condición de salud.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Art. 4.11.
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Arts. 10.1, 18.1, 20.1, 53.2, 119.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm.294. Arts.6.1 y 2.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art.197.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115. Arts. 7.3.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2001, núm. 7. Exposición de motivos, apartado X y art. 31.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11. Arts. 3 y 12.
- Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en

Ciencias de la Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de febrero de 2017, núm. 31. Arts. 3.9, 3.12, 4.2, 4.8, 5.1 a), 5.4, 7.1.3, 7.4.2, 8.2.

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

- Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio.

FJ.5: “El honor, vinculado a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la protege, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. [...] El **derecho a la intimidad**, tiene por objeto “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares”

FJ.7: “Libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere.[...] Cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, la veracidad “no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión. Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos. [...] Tratándose de personas privadas, incluso cuando la noticia por la materia a que se refiere concierne al interés público, no queda protegido por la libertad de información todo su contenido, sino que cabe reputar desproporcionada la transmisión de aquellos hechos que, dentro de la noticia, afectan al honor o a la intimidad de la persona concernida y que se revelen como manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información”.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009 de 23 de marzo. FJ. 2: “dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada”.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 216/2006, de 3 de julio. FJ.7: “El derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente [art. 20.1 a)], prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena”.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre. FJ.2: “Se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando: La penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto que no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida, o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999 de 15 de julio. FJ. 5: “Lo que el 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1992, 14 de febrero. Fallo: “La identificación periodística indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios un daño moral a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han causado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones tan reprochables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas.”
- Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre. FJ.5: “Las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar.... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial»”.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3905/2018. .FJ. 6: “[...] la responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica”.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle que haya confiado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas legales. Ayudarle nos ha permitido aplicar nuestros conocimientos jurídicos fuera de las aulas, contribuyendo a nuestra formación para ser mejores profesionales en el futuro.

En primer lugar, vemos necesario hacerle saber que el mensaje que recibió no es suficiente para hablar ni de un delito ni de una vulneración derechos. Esto es así porque el contenido del mensaje es muy abierto y puede dar lugar a múltiples interpretaciones, podría tanto referirse a su condición seropositiva como a cualquier actuación pasada de la que se pueda arrepentir, lo cual podría englobar casi cualquier cosa.

No obstante, debemos admitir que es mucha casualidad que reciba este mensaje tras la reciente comunicación de su condición seropositiva, luego en caso de que los mensajes continuaran y fuesen más específicos respecto a su estado de salud o tuviese más pruebas, sí que podrían verse afectados sus derechos y podría iniciar acciones legales.

Para que podamos hablar de una vulneración de derechos, el mensaje que reciba debe específicamente mencionar su condición seropositiva de modo que el mismo afecte a datos de carácter personal como son los relativos a la salud. Otra opción sería que usted mismo averiguase quién es la persona que le está escribiendo, ya que suponemos que lo hace a través de una cuenta anónima. Por ambas vías podremos identificar a la persona que intenta divulgar su condición ya que como nos indica en su consulta únicamente el personal del hospital la conoce.

Es necesario que analicemos el contenido de los posibles derechos afectados en el caso que nos plantea si se divulgase la información acerca de su condición seropositiva. El artículo 18.1 de la Constitución española reconoce el derecho al honor y a la intimidad. Según establecen los tribunales, la información sobre la salud es un elemento que forma parte de la vida privada y con ello del derecho a la intimidad. En relación con el derecho al honor, el mismo protege frente a los ataques ajenos que afecten negativamente a la reputación de una persona, o desmejoren la opinión pública que se tiene sobre ella. Conviene añadir que ambos derechos se encuentran vinculados con el derecho a la dignidad humana del artículo 10.1 de la Constitución española. Esto es así ya que tanto el derecho al honor como el derecho a la intimidad protegen la dignidad de las personas frente a menosprecios.

Consideramos que existiría una afectación del derecho a la intimidad dado que la ley establece que constituye una intromisión ilegítima el que se difunda una información de carácter íntimo sin consentimiento expreso (que en cualquier caso siempre será revocable), así como el que se transmita dicha información para fines distintos para los que fue comunicada.

La información protegida por el derecho a la intimidad debe ser relativa a la vida privada de una persona que afecte a su reputación y buen nombre. En su caso, una persona podría difundir que tiene VIH, dato de salud que como hemos mencionado se halla protegido por el derecho a la intimidad. El VIH se encuentra muy estigmatizado y produce más rechazo en la sociedad, a pesar de que su riesgo de transmisión es menor que la de otras infecciones. Luego, entendemos su miedo a que se divulgue la información acerca de su estado de salud, así como su temor a emprender acciones legales que le obligarían a revelar su condición. No obstante, en una sociedad diversa y cada vez más abierta como la nuestra, por suerte, el VIH se encuentra cada vez más normalizado.

Pese a lo expuesto, ningún derecho es absoluto. Éstos pueden verse limitados por la protección de otros derechos. En este caso, se podría pensar que los derechos al honor y a la intimidad colisionan con el derecho a la información. Sin embargo, esta hipótesis no tiene fundamento.

Prevalece el derecho a la información en detrimento de los otros, siempre y cuando ésta sea veraz, relevante para la opinión pública y de interés general. En su caso, teniendo en cuenta lo expuesto, prevalecen sus derechos a la intimidad y honor porque no existe el requerido interés general, ya que la persona que le escribió quiere saber de qué se arrepiente por pura satisfacción de su curiosidad sin tener en cuenta que puede herirle o con la intención de hacer precisamente esto.

En caso de que identificase a la persona que pretende divulgar su información protegida y efectivamente se tratase de su conocida en el hospital, dependiendo de la forma en la ésta hubiese tenido acceso a la información, podríamos hablar de una conducta constitutiva de delito o no.

Si la misma simplemente le hubiera visto recoger su medicación, y no preguntara ni accediera a ningún registro con sus datos, la chica únicamente estaría infringiendo la orden que regula las pautas básicas para proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud, ya que en la misma se dice que el deber de confidencialidad no se refiere sólo a los datos contenidos en la historia clínica del paciente sino también a los obtenidos mediante comunicación verbal, grabaciones o vídeos. De esta afirmación entendemos que, aunque su conocida en prácticas solamente viese u oyese cualquier información relativa a su salud, tenía el deber de no comunicarla. (Anexo apartado 8.2 párrafo tercero).

Además, en la citada orden se exige que los alumnos en prácticas respeten el Código Deontológico de su correspondiente profesión, en este caso, el Farmacéutico, en el cual se exige un deber de confidencialidad en su artículo 20. La conducta de la estudiante en prácticas no sería legítima y cabría impugnarla.

Si por el contrario hubiese descubierto su condición seropositiva fruto del acceso a su historia clínica, estaríamos ante una nueva vulneración de la citada orden ya que esta establece que el acceso a la historia clínica sólo está permitido con fines

exclusivamente asistenciales y con una previa autorización. Además, si divulga esta información su actuación iría más allá y constituiría una conducta delictiva, concretamente estaríamos ante un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del Código Penal.

En caso de que se produzca la divulgación de la información protegida, usted ha de conocer que cualquier intromisión en los derechos puede ser defendida ante los tribunales por un procedimiento ordinario. No obstante, en su caso, se estarían vulnerando derechos fundamentales que gozan de una especial protección. Podrían protegerse judicialmente por un procedimiento especial y preferente, con plazos más cortos y simplificación del procedimiento (artículo 53.2 Constitución española). Puede elegir entre las dos vías de protección, la ordinaria o la especial, o incluso proseguir simultáneamente las dos.

El procedimiento especial que podría seguir para la defensa de sus derechos es el regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (mencionada en el apartado de legislación). El objetivo es el cese inmediato de la intromisión sufrida, así como prevenir frente a intromisiones inminentes o ulteriores y la indemnización de los daños y perjuicios causados. Esta indemnización se extiende a los daños morales sufridos. La cuantía de dicha indemnización será proporcional a la difusión de la información protegida y determinada para cada caso concreto en los tribunales.

En el caso de que se decidiese por la vía de protección civil ordinaria, le sería aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil, mencionada en el apartado de legislación. La misma, en su artículo 31, dispone los casos en los que no será necesaria la representación por parte de un abogado, que son el juicio verbal de cuantía inferior a 2000€ y el juicio monitorio. Sin embargo, su caso se resolvería en un juicio ordinario, luego precisaría de un abogado. Respecto a esto, debe tener en cuenta lo expuesto al final del escrito en relación con la justicia gratuita.

Si decide iniciar un procedimiento por la vía penal, vemos necesario informarle de que necesitará obligatoriamente un abogado.

La Constitución española reconoce, en su artículo 119 el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, para acceder a esta prestación se deben cumplir una serie de requisitos. Estos requisitos son los regulados en el art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. No obstante, si tiene dudas puede comprobar si tiene derecho a este servicio en el siguiente enlace: www.justiciagratis.es/publico/tengo-derecho/

El contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita está regulado en el art. 6 de la ya citada ley e incluye las prestaciones de asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, la asistencia pericial gratuita, la exención del pago de tasas judiciales y de depósitos necesarios para la interposición de recursos, la

obtención gratuita de copias y otros documentos y una reducción del 80% de los derechos arancelarios para la obtención de escrituras públicas, notas y certificaciones, entre otros.

Respecto a cómo solicitar este derecho deberá seguir el procedimiento establecido en los arts. 12 y 13 de la misma ley. Éstos establecen que deberá solicitarlo ante el Colegio de Abogados del juzgado o tribunal que vaya a resolver su caso o ante el juzgado de su domicilio. Deberá indicar qué prestaciones de las arriba mencionadas solicita (podrá solicitar todas o solo alguna) y deberá aportar los datos que permitan apreciar su situación económica y patrimonial, así como sus circunstancias personales.

Puede tener acceso al formulario de solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la página web del Colegio de Abogados que a usted le corresponda. A modo de ejemplo le dejamos el enlace a la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que contiene modelos del formulario de solicitud y un buen esquema de los requisitos para solicitar este derecho y del procedimiento a seguir: http://web.icam.es/page/5/Atenci%C3%B3n_al_Ciudadano

Le recomendamos encarecidamente que acuda a un abogado para ejercer cualquiera de estas acciones legales, pues será este profesional quien le podrá asesorar mejor con respecto a su caso concreto. Le recordamos que en la Clínica Legal no ejercemos la labor de representación legal ante los tribunales, solo podemos ofrecerle las orientaciones generales con respecto a su consulta.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad, en caso de su situación empeore no dude en volver a escribirnos.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

El miedo a revelar su estado serológico y ser rechazados por ello se puede comprobar en las consultas que versan sobre la adopción de menores por personas con VIH. Están preocupadas por no poder conseguir el informe de idoneidad si revelan su condición de salud. Esta fue la consulta CESIDA-2020-7

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

- Una persona con VIH, solicita información sobre la posibilidad de adoptar a un menor de edad en Cataluña, en concreto, si su estado serológico puede implicar alguna limitación u obstáculo en los procedimientos de adopción y acogimiento

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978: artículo 39.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: artículos 2 y 24
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: artículos 175 a 180.
- Decreto 2/1997, de 7 de enero que regula el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción en Cataluña

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

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2014, recurso 718/2012
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de marzo de 2014, recurso 153/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1231/2014, de 24 de marzo

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

- La idoneidad de las personas con VIH para la adopción de menores – Clínica Legal Universidad de Alcalá. Recuperado de: https://lambdavalencia.org/novaweb/wp-content/uploads/2019/04/08_UAlcala_adopcion.pdf

- Formación y valoración de la idoneidad para adoptar en Cataluña. Recuperado de: <https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/adopto-i-o-acullo-un-infant/formacio-valoracio/#bloc2>
- ECAI Familias de Colores. Recuperado de: <http://www.familiasdecolores.es/>
- Documental “Adopción en Positivo”. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=G3_0isBilHg

Respuesta fundamentada

1. Concepto de adopción y acogimiento en España

2. Régimen jurídico aplicable a la adopción

3. Características y requisitos para poder adoptar

- 3.1 Requisitos personales para adoptar
- 3.2 Requisito previo: el acogimiento preadoptivo (arts. 235-34 y ss. CC Catalán)
- 3.3 La propuesta de adopción (art. 235-38 CC Catalán)
- 3.4 Informe de idoneidad favorable

4. La adopción internacional

5. Proyecto “*Familias de Colores*”: adopción de menores con VIH

6. Conclusiones

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. El tema por el que usted nos pregunta, una persona con VIH que necesita informarse acerca de los requisitos que se exigen para poder adoptar y acoger menores en España y, en concreto, las limitaciones u obstáculos que pudieran existir durante el procedimiento, dado su estado de salud, es una situación que se nos ha planteado en ocasiones anteriores.

Ante la consulta que nos ha planteado, con carácter previo, nos gustaría exponerle una breve introducción sobre el concepto jurídico de adopción en España, así como sus diferencias con un término muy similar, el acogimiento.

Seguidamente, la expondremos los requisitos que establece nuestro ordenamiento en relación con el procedimiento de adopción en Cataluña. Por último, le detallaremos algunos aspectos relativos al marco de la adopción internacional.

1. Concepto de adopción y acogimiento en España

Desde una perspectiva jurídica, **la adopción** es el acto, acordado por la autoridad judicial competente, que determina una relación de filiación entre dos personas, el adoptante o adoptantes y el adoptado. Constituye una relación de paternidad y/o maternidad con los mismos efectos legales que estas poseen. **El objetivo de su normativa es garantizar la protección de los menores.** Por tanto, todo el procedimiento, así como los requisitos aplicables se rigen por el **principio del interés superior del menor** y la **promoción de la plena integración familiar**.

Por otro lado, la figura del **acogimiento** tiene como efecto acoger a un menor mediante convenios establecidos entre una entidad pública y el acogedor en cuestión. El objetivo que persigue esta institución es garantizar la **guarda de un menor** que se encuentra en **situación de desamparo**, cuando no es posible que esta sea asumida por sus padres o tutores. Por tanto, mientras la situación de desamparo persista entre las medidas que se prevén para proteger al menor se encuentra el acogimiento, con el fin de garantizar el interés superior del menor. Así, la duración del acogimiento atenderá a las circunstancias de cada caso: *“(…) en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar, es necesario atender, entre otras circunstancias, al tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si se obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de trato psíquico”* (STS Sala de lo Civil 6 de junio de 2014, recurso 718/2012)”

Ante una situación de desamparo, este interés e integridad del menor es garantizado bien por acogimiento familiar o residencial. Por un lado, el acogimiento familiar se efectúa por personas designadas *a priori* por una entidad pública. Con respecto al acogimiento residencial, el procedimiento lo realiza el director del centro donde se ha acogido al menor, velando siempre por su interés con el fin de promover su reinserción en la propia familia. Se procurará siempre que la guarda de sus hermanos sea con la misma persona o institución, con el fin de intentar minimizar cualquier posible quebranto en su estructura familiar. En función de criterios temporales, existen tres tipos de acogimiento: simple, permanente o preadoptivo. Este último reviste especial relevancia en Cataluña, puesto que forma parte de uno de los requisitos previos en el procedimiento para poder culminar el proceso de adopción del menor.

2. Régimen jurídico aplicable a la adopción

En primer lugar, dentro de los principios rectores de la política social en España se encuentra el **deber de los poderes públicos de asegurar la protección social,**

económica y jurídica de la familia y, en concreto, garantizar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación (art. 39 de la Constitución Española, en adelante CE).

Con respecto a su régimen jurídico, la adopción se encuentra regulada, por un lado, en los **artículos 175 a 180 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil** (en adelante, CC). Estas disposiciones regulan los requisitos en materia de adopción para aquellos territorios en España que están sometidos al régimen de Derecho común, en el ámbito civil.

Por otra parte, la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor** (en adelante, Ley 1/1996) tiene como objeto la garantía del interés superior del menor, en virtud de lo cual, *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado* (art. 2 Ley 1/1996). Esta normativa surge, de obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección desde el punto de vista social, económico y jurídico de la familia y, especialmente de los menores. Un ejemplo de ello es el derecho del menor a ser escuchado *“si tuviere suficiente juicio”*, precepto que ha sido objeto de un desarrollo postconstitucional debido a la tendencia de la condición de sujeto titular de derechos de las personas menores de edad. Con respecto a la adopción de menores, esta Ley remite a lo establecido en la legislación civil aplicable (art. 24), por tanto, los requisitos dependerán de la normativa de cada Comunidad Autónoma.

Sin embargo, dado que usted nos solicita información acerca del procedimiento de adopción en la Comunidad Autónoma de Cataluña le detallamos los requisitos que específicamente determina su normativa, en concreto, el libro segundo del **Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia regulado en la Ley 25/2010, de 29 de julio (en adelante, CC de Cataluña)**. La existencia de disposiciones específicas en esta materia en Cataluña viene justificada según lo dispuesto en el art. 149.1.8ª de la Constitución (en adelante, CE) que establece que, a pesar de que el Estado español tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, señala esta competencia *es sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas en los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. Así, al disponer Cataluña de legislación foral en esta materia se aplicarán, en primer lugar, las disposiciones del CC de Cataluña y, como derecho supletorio, las disposiciones del CC (art. 13 CC)

En cualquier caso, el **interés superior del menor** será un aspecto vital que se tendrá presente en todo momento en el marco de la adopción.

3. Características y requisitos para poder adoptar

3.1 Requisitos personales para adoptar

Con carácter general, los requisitos personales para adoptar en Cataluña son los siguientes (art. 235 CC Catalán):

- Tener plena capacidad de obrar.
- Ser mayor de 25 años, excepto si se trata de la adopción del hijo del cónyuge, pareja estable o parientes huérfanos. Asimismo, es necesario tener 14 años más que la persona adoptada, como mínimo.
- La adopción por más de una persona solo es posible si se trata de cónyuges o pareja estable*. En estos supuestos, bastará con que uno de ellos cumpla el requisito de edad de 25 años.

*Desde un punto de vista jurídico, se entiende por pareja estable (art. 234-1 CC Catalán) cuando dos personas conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial, es decir, sin necesidad de haber formalizado su unión mediante la celebración del matrimonio. Además, la legislación catalana exige que deben cumplirse además alguno de los siguientes requisitos: que hayan convivido por un tiempo ininterrumpido superior a dos años, o si conviviendo tienen un hijo en común, o bien si formalizan su relación mediante escritura pública.

3.2 Requisito previo: el acogimiento preadoptivo (arts. 235-34 y ss. CC Catalán)

Tal y como su propio nombre indica, la entidad pública competente en el proceso de adopción acordará la medida de acogimiento preadoptivo en los siguientes supuestos:

- Cuando no sea posible el retorno del menor a su familia de origen o cuando, en virtud del interés superior del menor, sea más favorable la plena integración en otra familia mediante la adopción. En este aspecto, no procede el retorno del menor a su familia biológica cuando ello pueda ser susceptible de provocar un deterioro mayor, desde el punto de vista psicosocial, en el desarrollo evolutivo del menor.
- Cuando lo soliciten sus progenitores o tutores a dicha entidad siempre que abandonen los derechos y deberes inherentes a su condición.

El acogimiento preadoptivo se acuerda mediante resolución de la entidad pública y deberá garantizarse una integración plena en la familia de acogida, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor. Una vez acordada la medida de acogimiento preadoptivo se suspenderán las visitas, así como las relaciones del menor con la familia biológica.

Las personas acogedoras tendrán el deber de velar por el menor, alimentarlo, ofrecerle una educación y, en definitiva, procurarle una formación integral, asumiendo de manera íntegra las responsabilidades y facultades parentales. No obstante, estas funciones se ejercerán siempre bajo supervisión y asesoramiento de la entidad competente. Así, la situación de acogimiento cesará cuando tenga lugar la adopción de la persona acogida.

3.3 La propuesta de adopción (art. 235-38 CC Catalán)

El paso siguiente será la propuesta de adopción por parte de la entidad competente favorable del adoptante o adoptantes. Esta propuesta no será necesaria cuando se trate de adopción de huérfanos, mayores de edad o hijos del cónyuge o persona con que el adoptante convive de manera estable. La propuesta deberá contener:

- Informe de idoneidad motivado del futuro adoptante o adoptantes, en virtud de sus condiciones personales, sociales, familiares y económicas, así como su aptitud educadora.
- Si es conocido, el último domicilio de los padres, tutores o guardadores del adoptado.

Por tanto, es necesario que, con carácter previo, la entidad pública haya declarado al adoptante o adoptantes idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

Una vez expuesto todos los requisitos, puede observarse que, en teoría, nada debería impedir que una persona con VIH que cumple las premisas mencionadas en los apartados anteriores pueda adoptar a un menor de edad en España. Sin embargo, la exigencia del informe de idoneidad de los adoptantes queda, en cierto modo, al arbitrio del organismo competente en cada Comunidad Autónoma. Esto se debe a que se valoran ciertos aspectos psicosociales que pueden implicar connotaciones subjetivas por parte del organismo examinador como, por ejemplo, la actitud y el comportamiento durante las entrevistas, el perfil individual de cada adoptante, la historia de la pareja, el estilo de vida que llevan, la actitud a la familia de origen, así como otras características de su entorno. Realmente, si se cumplieran con estos requisitos deberían considerarse favorable la entrevista de idoneidad. Al ser este requisito, el punto que consideramos más controvertido y que pueda ser susceptible de afectar a su solicitud de adopción, a continuación, lo exponemos con más detalle.

3.4 Informe de idoneidad favorable

La normativa catalana no recoge ninguna definición de idoneidad. Sin embargo, con carácter supletorio, el art. 176.3 CC entiende por **idoneidad**: *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.”*

Por su parte, el Decreto 2/1997, de 7 de enero que regula el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción en Cataluña sí determina los **criterios que deben tenerse en cuenta para valorar dicha idoneidad**. Se refiere a cuatro ámbitos: **personal, familiar y social, socioeconómico, aptitud educadora y características del menor.**

El Instituto Catalán de la Adopción es aquella entidad pública que tiene atribuidas competencias en materia de adopción en este territorio. Sus funciones son,

principalmente, la gestión a través de equipos técnicos competentes de los procesos de valoración psicosocial de los solicitantes.

Estos informes tienen la finalidad de efectuar una valoración del adoptante o la familia adoptante en su caso, con el fin de determinar su capacidad, aptitud y motivación en el ámbito del ejercicio de las responsabilidades parentales, así como las necesidades del menor en cuestión.

Este informe consiste en un proceso de valoración y formación del adoptante o, en su caso, adoptantes. Durante este proceso tendrán lugar sesiones con carácter formativo e informativo, así como un mínimo de tres entrevistas, una realizada por un profesional en trabajo social, otra por un profesional en psicología y una entrevista en el domicilio de los solicitantes.

Una vez realizadas y valoradas estas entrevistas, se elabora el correspondiente informe psicosocial.

¿Qué criterios de valoración se emplean?

Se atiende a las circunstancias de las personas solicitantes, tales como:

a) Circunstancias personales: equilibrio personal, estabilidad en la relación de pareja, salud física y psíquica apta para la atención del menor, flexibilidad en cuanto a las actitudes y capacidad de adaptarse a la nueva situación que supone la adopción, motivación para ejercer funciones parentales que permitan cubrir las necesidades y carencias del menor. En caso de pareja, se tendrán en cuenta las motivaciones compartidas para la adopción.

b) Circunstancias familiares y sociales: relativas a fomentar un entorno favorable y adecuado para la integración del menor adoptado.

c) Circunstancias socioeconómicas: referentes a una situación económica que permita la atención del menor, así como una vivienda en condiciones adecuadas.

d) Aptitud educadora: es decir, capacidad para cubrir el desarrollo y necesidades educativas del menor. Para ello será esencial la existencia de un entorno familiar que apoye y fomente su educación.

e) Expectativas en relación con el menor: esto implica que la no elección del sexo del adoptado de manera excluyente, la aceptación de su herencia biológica, su historia, identidad y cultura. Y, si procede, la aceptación de la relación del menor con su familia biológica.

En función de la valoración efectuada por el Instituto Catalán de la Acogida y la Adopción en virtud de estos parámetros, se emite una resolución administrativa respecto a la idoneidad de los adoptantes. El periodo de tiempo entre la presentación de la solicitud y esta resolución no puede ser superior de seis meses.

Esta resolución administrativa, así como una copia del informe psicosocial se notifica en el domicilio de los solicitantes. El certificado de idoneidad emitido por el Instituto Catalán de la Acogida y la Adopción, una vez obtenida la resolución administrativa favorable, estará vigente por tres años.

En consecuencia, en la valoración de la idoneidad de los solicitantes se tienen en cuenta los criterios señalados. Su carácter subjetivo constituye, sin duda, uno de los aspectos más preocupantes para solicitantes con VIH, ante la posibilidad de ser rechazados si revelan su estado serológico. No obstante, consideramos que, aun cuando les solicitaran la entrega de un certificado médico, el hecho de tener VIH no debería ser impedimento para determinar su idoneidad como posible adoptante, especialmente si su carga viral es indetectable y goza de un buen estado de salud que le permita cuidar y velar por el menor adoptado. En este aspecto, cabe señalar además que el hecho de que existiera la exigencia de un certificado médico, los resultados del mismo revisten carácter confidencial, por lo que la única información que se remite a la entidad es si es apto o no apto, por tanto, ni siquiera debería constar que tiene VIH.

Esta afirmación, esta evidenciada científicamente, gracias al conocimiento e información de las vías de transmisión del VIH, unido a la efectividad del tratamiento antirretroviral, lo que impide que el VIH pueda constituir un elemento que incida en la esperanza y calidad de vida de las personas.

Asimismo, la jurisprudencia ha determinado que el VIH no puede considerarse como causa para la inhabilitación del cuidado o atención de un menor. No obstante, deberá tener presente que se tienen en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, es decir, es relevante el estado de infección por VIH para determinar la idoneidad para adoptar. Así, es necesario que se encuentren en condiciones de desarrollar por ejemplo, una vida laboral, que permita el correcto sustento y cuidado del menor, que no tengan reconocida una situación de incapacidad derivada del VIH o presenten un deterioro físico considerable. En esos casos, predominará el interés superior del menor.

Sin embargo, **una infección por VIH que se encuentre bajo un tratamiento adecuado y sometido a las precauciones exigibles no tiene por qué suponer impedimento para determinar la idoneidad en el desempeño de sus obligaciones como futuros padres o madres adoptivos.** Por tanto, en ese caso, no puede considerarse un elemento determinante para la resolución de un informe desfavorable.

Con respecto a la idoneidad de los solicitantes, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente en la Sentencia 1231/2014, de 24 de marzo:

*"aunque se apoye en criterios o parámetros objetivos o susceptibles de una cierta objetivación, no deja de encerrar una apreciación subjetiva por parte de los técnicos que la realizan. Por esta razón, **la norma insta a las autoridades administrativas para***

que se establezcan criterios homogéneos de valoración que, sin perder de vista que lo importante es el superior interés del menor, eviten disparidades injustificadas"

En consecuencia, en sus tareas de valoración se exige a la entidad pública un cierto rigor en la valoración exposición de los criterios utilizados para la misma. Por tanto, su decisión deberá estar justificada y motivada adecuadamente.

Asimismo, este informe constituye una resolución administrativa que, en caso de no ser favorable, puede ser susceptible de ser recurrida por vía administrativa o, una vez agotada está vía, por la judicial mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

4. La adopción internacional

La Ley 54/2007 de Adopción Internacional concibe la adopción internacional como una medida de protección de menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto de sus derechos. La jurisprudencia ha considerado en este aspecto que: *"no es precisamente un derecho subjetivo que tenga que satisfacer a toda costa, sino que está función del interés superior del niño, razón por la cual, entre las reseñadas garantías legales se encuentra que los adoptantes gocen de idoneidad y los mecanismos para garantizar esta idoneidad concurre al verificarse la concreta adopción internacional (STS 1ª 24 de marzo de 2014, rec. 153/2013)*

La adopción internacional deberá respetar los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, normas convencionales y las normas de derecho internacional privado que sean de aplicación en cada caso (art. 235-44 CC Catalán). Sin embargo, los requisitos para la adopción internacional quedan sometidos a la normativa nacional del menor adoptado por lo que son terceros países quienes determinan los requisitos y procedimiento en cada caso. Así, lamentablemente, pueden excluir a personas con VIH.

5. Proyecto "Familias de Colores": adopción de menores con VIH

El VIH supone una de las principales causas de orfandad en países de vías de desarrollo. Sin embargo, gracias a los avances médicos, el VIH es, hoy en día, una enfermedad que con el adecuado tratamiento, permite llevar una vida completamente normal.

No obstante, nos gustaría informarle de un proyecto dedicado a la adopción internacional y a la ayuda humanitaria con el objetivo es fomentar la adopción y acogimiento de menores con VIH. Muchos niños nacidos en países de vías de desarrollo son diagnosticados con VIH como consecuencia de una transmisión vertical de sus progenitores. Esos menores se enfrentan así, no solo a una situación de orfandad, sino al posible desarrollo de una enfermedad que no podrá ser

debidamente tratada, en muchos casos, dada la precariedad de sus condiciones de vida, así como la falta de acceso a un tratamiento sanitario adecuado.

Familias de Colores constituye una asociación sin ánimo de lucro y constituida legalmente en el Registro General de Asociaciones. Está acreditada por parte de Bienestar Social de Madrid, Castilla-La Mancha y la Comunidad Valenciana para poder actuar como Entidad Mediadora en la República Federal de Nigeria, Nicaragua y República Dominicana.

Esta asociación está dirigida a eliminar los estigmas existentes en nuestra sociedad con respecto al VIH y, especialmente, con respecto a los menores al encontrarse estos en una situación especialmente desprotegida. Esto se debe a que, como consecuencia de la transmisión vertical, la evolución de la enfermedad de estos menores se produce de una forma mucho más rápida que en los adultos debido a que se encuentran en desarrollo.

Por si les llegara a interesar, les compartimos la URL de un vídeo informativo sobre este proyecto (www.youtube.com/watch?v=G3_0isBilHg). Constituye, sin duda, una gran iniciativa porque si, con carácter general, cuando se adopta a un menor *se le está cambiando la vida* cuando se le ofrece la posibilidad de desarrollarse en un entorno que fomente su desarrollo, amparo y cariño, tiene especialmente relevancia en los supuestos de niños en situaciones especiales. En estos casos, además se le ofrece no solo una familia que le protege y vela por su interés, sino que además tendrá la posibilidad de acceder a un tratamiento sanitario adecuado.

6. Conclusiones

En consecuencia, aunque aspectos relativos a la salud pueden resultar decisivos para determinar la idoneidad del futuro adoptante, en el sentido en que no se encuentre en disposición de velar por el cuidado, protección, desarrollo y, principalmente, el itneres superior del menor adoptado, no puede usarse tal argumento para discriminar sin una causa que lo fundamente. En definitiva, un trato diferenciado debe estar justificado. Así, el VIH no puede utilizarse como una razón para denegar la adopción de un menor, debido a que las personas con VIH son indetectables y ello supone no solo la ausencia de limitaciones para ejercer la patria potestad del adoptado, sino la inexistencia de riesgo para el menor, debido a que al ser indetectable no existe riesgo de transmisión de la enfermedad.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad. Si tuviera alguna duda, estaremos encantadas de resolverla.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

2. POSIBLEMENTE LSO CASOS MÁS INTERESANTES DE LA CLÍNICA LEGAL ENTRE ABRIL DE 2019 Y MARZO DE 2020

En este apartado queremos destacar algunos casos que a lo largo de estos doce meses han causado más debate interno en la Clínica Legal.

Sin duda alguna el más interesante de todos ellos se planteó después de realizar una sesión de formación con personal sanitario en el Hospital San Pedro de Logroño. Es la consulta CESIDA-2019-207 en la que se plantea la ponderación que tiene que hacerse entre el interés superior del menor, los derechos vinculados a la patria potestad y la intimidad y privacidad a la que tiene derecho una mujer con VIH.

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

- Una médico pregunta si debe comunicar al padre de un recién nacido que éste debe recibir tratamiento médico preventivo según el protocolo de “hijo de madre VIH”, a pesar de desconocer la condición seropositiva de la madre.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313. Arts. 3, 18,
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Arts. 18.1.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, de 25 de julio de 1889, núm. 206. Arts. 30, 142, 154 y 156.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de enero de 1996, núm. 15. Arts. 2.1, 2.2 y 2.4
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274. Arts.5.1, 9.3.

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

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo. FJ.4: “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores «que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos», según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (...).

Como detalla la observación general núm. 14 (...) del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. (...) responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al «interés superior del niño» y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

(...) Toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre ambos derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor: «todos los poderes públicos –incluido el judicial– deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad» (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5”).

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre. FJ.2: “Se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando: La penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto que no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida, o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”.

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999 de 15 de julio. FJ. 5: “Lo que el 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada”.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 2563/2019 de 18 de julio de 2019. Antecedentes de hecho 1.3: “Ámbito sanitario: Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Sólo en casos de urgencia, que deberán ser objetivamente constatables, y si no fuese posible la localización del otro progenitor, un progenitor podrá decidir lo más conveniente para el menor sin perjuicio de informar de forma inmediata al otro de lo sucedido y del lugar en el que se encuentra el mismo. A falta de acuerdo, será necesario la autorización judicial”.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 404/2018 de 14 de febrero de 2018. FJ 4: “Se colige que cuando se tengan que sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, ha de ser primordial el interés superior del niño. Si tales intereses son los de los niños en relación con los de sus padres biológicos, el art. 11.2 LO/1996 establece como principio rector de los poderes públicos: «a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social», para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor hagan necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012) (...)”.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 36/2018 de 10 de enero de 2018. Antecedentes de hecho 3.1: “Corresponde a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental), precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de la menor (a título de ejemplo: elección de cualquier facultativo, pediatra, ortodoncista, psiquiatra, psicólogo, tratamientos, intervenciones de cualquier índole, vacunación, elección o cambio de colegio, la realización de actividades extraescolares, cursos de idiomas en el extranjero, comunión, bautizo, etc.)”.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 277/2016 de 25 de abril de 2016. Antecedentes de hecho 3.1: “El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc., tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores”.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 3216/2015 de 20 de julio de 2015. FJ 3.1: “Interés superior del menor: la Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona (...) la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta (...) la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre (...). Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor (...).

Esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (...) y la Convención de los Derechos del Niño (...).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en ordena su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

(...) Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo (...).

Según la observación general n.º 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido

la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio (STC 10 diciembre 1984)”.

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

-. Observación General, nº 3 (2003) de las Naciones Unidas. El VIH/SIDA y los derechos del niño. Puede encontrar este documento en el siguiente enlace: https://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/03.pdf

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Queremos agradecerle que haya confiado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas legales. Ayudarle nos ha permitido aplicar nuestros conocimientos jurídicos fuera de las aulas, contribuyendo a nuestra formación para ser mejores profesionales en el futuro.

En primer lugar, es necesario establecer que, en el caso que nos plantea, se está produciendo un conflicto entre tres derechos o intereses jurídicamente protegidos. Estos son el derecho a la intimidad de la madre, el interés superior del menor y el derecho del padre a conocer la información relativa a la salud de su hijo.

El derecho a la intimidad recogido en el artículo 18.1 de la Constitución española, protege la esfera personal del individuo frente a injerencias de terceros. Dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad, se comprende la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada.

Pese a lo expuesto, ningún derecho es absoluto. Éstos pueden verse limitados por la protección de otros derechos. En este caso, se puede pensar que el derecho a la intimidad colisiona con el derecho a la información del padre, dado que ambos ostentan la patria potestad según el Código Civil.

La patria potestad, a tenor de lo establecido en el artículo 154 del Código Civil, debe de ejercerse siempre en interés de los hijos y, entre sus deberes y facultades, se encuentran las que atañen al cuidado personal de los menores (velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), y las relacionadas con la vertiente patrimonial (representarlos y administrar sus bienes).

El deber de procurar su alimentación comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del menor. Asimismo, el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en las decisiones relevantes que afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo.

Es por esto por lo que tanto el padre como la madre deben intervenir necesariamente en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc., tanto si suponen un gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado.

Para que una decisión sobre un tratamiento médico (fuera de los casos de urgencia) sea tomada por un solo progenitor, el otro ha de haber prestado su consentimiento expreso o tácito. En este caso, el padre desconoce por completo la condición seropositiva de la madre y, por tanto, la existencia de un riesgo para su hijo que hace necesario someterle a una serie de pruebas. Este desconocimiento hace imposible para él ejercer la patria potestad ya que no podría presentar un consentimiento válido, es decir, informado, respecto al tratamiento que va a recibir su hijo. Además, debido a que los progenitores mantienen el ejercicio conjunto de la patria potestad, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten, así como todo aquello que, conforme al interés prioritario de los hijos, deban conocer ambos padres.

Como ya ha sido mencionado, según el Tribunal Supremo es necesaria la intervención de ambos progenitores con independencia del régimen de guardia y custodia adoptado, para cualquier tipo de tratamiento médico no banal. En nuestro caso debemos considerar que el sometimiento del menor al tratamiento preventivo del VIH no es en absoluto banal, por lo que está claro que es necesaria la intervención de ambos progenitores.

Existe además un conflicto entre el interés superior del menor y el derecho a la intimidad de la madre y, en relación con ello, la ley establece que deben priorizarse las medidas que respeten ambos intereses, teniendo en cuenta que, en el caso de que esto no fuese posible, debe prevalecer el interés superior del menor.

La prioridad del interés superior del menor posee un carácter multidisciplinar al otorgársele las categorías de derecho, principio interpretativo y norma procedimental. No sólo se exige a nivel nacional en la Ley de Protección Jurídica del Menor, sino también en el ámbito internacional en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estableciéndose lo siguiente: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como

privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Siguiendo la mencionada Ley de Protección Jurídica del Menor, en concreto su segundo artículo apartado dos, podemos delimitar el contenido del concepto indeterminado que supone el interés superior del menor. Dicho interés cubre a grandes rasgos: la protección del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, así como a la satisfacción de sus necesidades básicas del menor; la consideración de los sentimientos, deseos y opiniones en función a su edad y madurez; la conveniencia de que su vida tenga lugar en un entorno adecuado y libre de violencia; y, finalmente, la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor así como la no discriminación del mismo por cualquier condición.

Creemos que todos los intereses en juego podrían ser compatibilizados si usted como médico hablase con la madre del menor y le convenciese para que ella misma comunicase su condición seropositiva. En caso de que se negase, debiendo prevalecer el interés superior del menor, usted deberá comunicar al padre la situación puesto que es necesario que ambos progenitores den su consentimiento para el tratamiento.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

El siguiente caso es la consulta CESIDA-2019-77, en la que una persona con VIH, después de estar trabajando 17 años en una empresa, está siendo acosada para que la abandone porque ha trascendido su condición de salud. En esta consulta puede observarse de forma nítida la serofobia hacia las personas con VIH y los problemas que surgen en el ámbito laboral en el momento en que trasciende la condición de salud. Esta consulta permite comprender la importancia que el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, que se materializa en la confidencialidad de los datos personal y el control sobre los mismos.

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

-. Una persona que lleva 17 años trabajando en una empresa, está siendo instigada a que abandone la empresa desde que los directivos saben que tiene VIH. Es probable

que el médico de la mutua sea quien ha revelado esta información a los directivos, puesto que el trabajador se lo dijo a él antes de operarse del menisco, y fue operado por otro médico. Desde entonces le hacen seguimientos directos con las cámaras para poder encontrar un motivo para despedirle, y le han hecho ofertas para que se vaya.

Por otro lado, ha estado de baja por una grave neumonía, por la operación de menisco antes mencionada, otra neumonía, y por una rotura de menisco.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Reglamento (UE) nº 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de la Unión Europea* L nº 119, de 4 de mayo de 2016. El art. 9.1 prohíbe el tratamiento de datos personales relativos a la salud. El art. 15 establece el derecho de acceso a los datos por parte del interesado. El art. 88 fija el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral.

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. El art. 10 consagra el derecho a la dignidad. El art. 14 CE reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El art. 15 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y prohíbe dispensar un trato inhumano o degradante. El art. 18 indica el derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de los datos personales. El art. 35.1 fija el derecho al trabajo y del derecho a la elección de profesión. El art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud. El art. 53 establece la tutela judicial de los derechos fundamentales en procedimiento preferente y sumario, además de la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

-. España. Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115. El art. 7.3 establece que se considera una intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona, como lo es su salud, que afecten a su reputación. El art 9.1 señala que podrá recabarse tutela judicial por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento preferente y sumario, y que podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando proceda.

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281. El art. 199.2 establece que los profesionales que estén obligados a salvaguardar la confidencialidad de ciertos datos, y los revelen, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de

doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. El art. 201 fija la necesidad de denunciar el anterior delito.

-. España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294. El art. 5 establece el deber de confidencialidad. El art. 8, el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos. En la Disposición Adicional decimoséptima se fija el tratamiento de datos de salud.

-. España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102. El art. 10.1 fija el derecho a la intimidad y la no discriminación. El art. 10.3 establece el derecho a la confidencialidad de la información.

-. España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de noviembre de 1995, núm. 269. El art. 22 expresa que deberá vigilarse periódicamente el estado de salud del trabajador cuando entrañe un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas, pero siempre respetando la intimidad, la dignidad y la confidencialidad, además establece que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11. El artículo 2 determina que tienen este derecho las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El art. 3 establece los requisitos. El art. 5 establece un reconocimiento excepcional por el estado de salud, entre otros motivos.

-. España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7. El art. 249.1.2º permite una vía de protección ante la jurisdicción civil por la vulneración de derechos fundamentales.

-. España. Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, núm. 274. El art. 2.7 establece el deber de reserva de la información y documentación clínica. El art. 7 expresa el derecho a la intimidad.

-. España. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. *Boletín oficial del Estado*, de 29 de mayo de 2003, núm. 128. El art. 3 establece la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan en España.

-. España. Ley 36/2011, del 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de octubre de 2011, núm. 245. Los arts. 103 a 113 regulan el proceso de despido. Los arts. 177 a 184 regulan el proceso de tutela de los derechos fundamentales.

-. España. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de agosto, núm. 189.

-. España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255. El art. 4.2.c) y el art. 17 fijan la no discriminación. El art. 4.2.e) establece el respeto a la intimidad. El art. 5. b) establece el deber de observar las medidas de prevención de riesgos laborales, y el 19.2 obliga al trabajador a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud. El art. 20.3 indica que el empresario puede adoptar las medidas de control y vigilancia que sean oportunas para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador. El art.20 bis establece el derecho de los trabajadores a su intimidad en relación con el entorno digital y a su desconexión. El art. 52.d) indica que el despido por causas objetivas podrá basarse en la reiteración de faltas al trabajo aun siendo justificadas. El art. 53.4 establece que es nulo el despido fundado en motivos discriminatorios. El art. 56 fija el despido improcedente.

-. España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de octubre de 2015, núm. 261. Los arts. 80 a 84 fijan lo relativo a las mutuas. El art. 99 establece el derecho de información, reclamaciones y quejas sobre las mutuas.

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

-. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, FJ 7.

-. STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012, FJ 3.

-. STC 29/2013, de 11 de febrero, FJ 7.

-. STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016.

-. STS, de 16 de febrero de 2011.

-. STS (Sala de lo Social), 316/2018, de 19 de marzo de 2018

-. STS 496/2018, de 10 de octubre de 2018.

-. STS 45/2019, de 18 de enero de 2019, FJ 5.

-. STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 21 de julio, núm. 616/2008, FJ 9.

-. STSJ CLM , Sala de lo Social, 1/2018, de 12 de enero de 2018, FJ 5.

-. STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 11 de abril de 2018.

Respuesta fundamentada

Antes de todo, queremos agradecerle la confianza que ha depositado en nosotros exponiéndonos su caso, y permitir que ampliemos nuestros conocimientos sobre la materia. Para responder su consulta haremos un breve análisis de las diferentes cuestiones que se plantean.

La Constitución española reconoce en su artículo 18 el derecho a la intimidad, al honor, y a la propia imagen, así como la protección de los datos personales. Al ser derechos fundamentales, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios en un procedimiento preferente y sumario, es decir, un procedimiento que se tramita con prioridad y en que se eliminan ciertos trámites para agilizar el proceso, según establece el artículo 53 de la Constitución, que además permite interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3 afirma que “tal derecho se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

El artículo 18.1 faculta a salvaguardar la propia imagen de cualquier intromisión ilegítima. La STC 292/2000, de 30 de noviembre manifiesta que “la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”. El uso de cámaras debe respetar el derecho de intimidad, y por tanto, únicamente se colocarán donde sea estrictamente necesario, por lo que en vestuarios o aseos, estaría prohibido. Y el artículo 18.4 protege el uso de los datos que se obtengan. La STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7 afirma que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. La captación de imágenes que permitan la identificación de una persona, son datos que deben ser protegidos por dicho artículo, tal como expresa la Sentencia mencionada anteriormente en su FJ 6, “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo”. Se debe informar mediante carteles, de los lugares donde están colocadas las cámaras, debe haber tantos carteles como cámaras haya, y esos carteles deberán indicar quién es el responsable del tratamiento de las imágenes obtenidas, para que el interesado pueda acceder a los datos recogidos, tal como dispone el artículo 12 del Reglamento de la Unión Europea nº

2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como en el artículo 22.4 y 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario imponer las medidas de vigilancia que considere adecuadas para comprobar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones, y además no sería necesario el consentimiento de los trabajadores para poder poner esas medidas de video vigilancia, siempre que tenga como fin el control de la prestación laboral de forma neutra. Pero esta facultad del empresario no puede eliminar el derecho de intimidad de los trabajadores, ni tampoco el derecho a la protección de datos, por lo que deberá informar a los trabajadores con carácter previo, de manera expresa, clara y precisa de la finalidad de la captación de esas imágenes, deberá especificar en qué casos se podrán analizar las grabaciones, y que podrían utilizarse para imponer sanciones disciplinarias por incumplimientos graves del contrato de trabajo. Para comprobar estos incumplimientos, debe haber indicios lo suficientemente razonables de que se estén produciendo, y éste debe ser el único medio para descubrir y probar el incumplimiento. De este modo, si no había ocurrido nada en la empresa que motivara el hecho de entrar a analizar las grabaciones, no habría motivos suficientes para que le vigilaran a usted con las grabaciones, y además, debieron haberle informado previamente sobre el uso de las cámaras, y que podrían utilizarse las imágenes para sancionarle por posibles infracciones detectadas. Si las cámaras no estaban señalizadas debidamente con su cartel, la prueba sería ilícita pero igualmente le podrían sancionar. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 29/2013, de 11 de febrero, FJ 7, expresa que “no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible”. Por lo tanto, el uso de las cámaras de video vigilancia si no se ha informado previamente del fin al que están destinadas, y que pueden conllevar una sanción, vulneraría el artículo 18.4 de la Constitución. Sin embargo, en la STC 39/2016, de 3 de

marzo, se señala que los trabajadores han de considerarse lo suficientemente informados con los carteles estandarizados que indican las zonas video vigiladas. La STSJ CLM 1/2018, de 12 de enero de 2018, indica que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”, recordando que para ello “es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Lo que puede hacer en el caso de que la empresa haya incumplido lo dispuesto en Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, al no señalar los carteles, no disponer de la cláusula informativa, o no haya inscrito el fichero de video vigilancia en la Agencia Estatal de Protección de Datos (AEDP), es reclamar ante la AEDP. Pero antes de denunciar, se debe solicitar al responsable de los ficheros, el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Puede consultar como realizarlo en estos enlaces: www.aepd.es/agencia/en-que-podemos-ayudarte.html, y en <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2016/06/16/como-denunciar-ante-agencia-proteccion-datos/>.

Además, el hecho de que se le haya realizado un seguimiento con las cámaras, es decir, se haya hecho un control directo sobre usted, puede considerarse una medida abusiva. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 11 de abril de 2018, afirma que: “la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el previo conocimiento por los trabajadores de la instalación de las cámaras de vigilancia han resultado afectadas, en opinión de la Sala, por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018 (TEDH 2018, 1) (Sentencia Asunto López Ribalda y otros, 1874/13 y 8567/13). En esa sentencia, que el recurrente invoca en su escrito de interposición, el TEDH declara que la medida adoptada por el empleador (instalación de cámaras de vigilancia en un supermercado) no fue proporcional, vinculando dos hechos: por un lado, el incumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RCL 1999, 3058) (artículo 5) al no informar a los trabajadores de la instalación de las cámaras ocultas; y, por otro, el carácter indiscriminado de las grabaciones, las cuales afectaron a todos los trabajadores que laboraban en las cajas, se prolongaron durante semanas y abarcaron la totalidad de la jornada. Es decir, a pesar de las sospechas del empleador, el TEDH no legitima una grabación ilimitada sin informar previamente a los trabajadores. De acuerdo a su doctrina sobre el artículo 8 del CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) (derecho al respeto a la vida privada y familiar) la sentencia del TEDH considera que la instalación (sin entrar ahora en si era conocida o

no) afecta muy directamente a la vida privada del trabajador por entrar directamente en ésta, aunque sea en el marco de una relación de trabajo, ya que se trata del control, seguimiento, y recogida de información de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que no puede eludir por estar obligada, en virtud del contrato de trabajo, a realizar el trabajo en ese lugar”. Estos controles son abusivos aunque se hagan aleatoriamente a cada trabajador, pero en su caso han sido 15 veces, tal como le indicó aquel miembro del departamento de seguridad, que si es responsable del tratamiento de datos, puede facilitarle la información. Es muy importante, para que sus acciones legales prosperen, que usted pueda probar el hecho de que las cámaras tengan zoom y que únicamente le sigan a usted en esos controles, así como la reiteración en un determinado espacio temporal.

Esta conducta de los directivos podría ser considerada como acoso laboral. La Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid 616/2008, de 21 de julio, FJ 9, define el acoso moral como “la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrinconan) en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión”. Esta sentencia establece los requisitos necesarios para que pueda haber acoso al afirmar que “el acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito este el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptado en nuestra doctrina judicial (STSJ País Vasco 20-4-02 , STSJ Galicia 8-4-03 [AS 2003, 2893] , STSJ Canarias/Las Palmas 28-4-03 [AS 2003, 3894]) y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin. Son, por tanto, elementos básicos de este anómalo proceder humano, de una parte, la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio a la integridad moral de otro, aunque no se produzca un daño a la salud mental del trabajador, (el concepto de integridad moral es distinto del de salud) requisito éste, siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo. Lo importante es que el comportamiento sea objetivamente humillante, llevando así implícito el perjuicio moral”. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011, que establece como «mobbing»: “Aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de

autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido”.

En su caso concreto, tal y como usted relata, los seguimientos con las cámaras se han hecho de manera reiterada, con el propósito de encontrar una justificación y así poder despedirle, y existe una conducta de rechazo, que se demuestra con las veces que le han dicho que se marche de la empresa. En este enlace se recogen las conductas que pueden considerarse acoso moral en el ámbito de la empresa: <https://confilegal.com/20151018-el-acoso-laboral-o-mobbing/>. Debe poder demostrar que existe alguna de estas conductas, y que se está produciendo una discriminación, de lo contrario, difícilmente podrá probar que está sufriendo acoso laboral.

Todo ello, se puede denunciar ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Para denunciar ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, debe solicitar la actuación de la ITSS mediante la presentación de una denuncia, bien de forma presencial en los registros de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, y unidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las administraciones locales; bien de forma telemática a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en la siguiente dirección: www.mitramiss.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/COMO_DENUNCIAR_ITSS.html. También puede realizarlo por vía postal mediante una carta dirigida a la oficina correspondiente de la ITSS. La denuncia, en todo caso, debe contener, además de los datos de identificación del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar en que se produjo la infracción, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. Las denuncias presentadas tienen carácter confidencial. En las Inspecciones provinciales puede obtenerse un modelo normalizado de denuncia. Este modelo también se encuentra disponible en el siguiente enlace: www.mitramiss.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/FORMULARIOS/index.html

También puede acudir a la vía judicial. La jurisdicción social se emplea cuando es el empresario el acosador, y se obtendría la extinción del contrato con el resarcimiento de daños y perjuicios. Para presentar la demanda será necesario contar con representación legal de un abogado. En el caso de no disponer de suficientes recursos económicos, la Ley 1/1996, de 10 de enero, reconoce asistencia jurídica gratuita, si cumplen con los requisitos que se establecen en la ley: ser persona física, acreditar que carece de recursos económicos, contar con unos ingresos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen ciertos umbrales. En esta página podrá comprobar con carácter orientativo si tiene o no derecho a disponer de un abogado y procurador de forma gratuita: www.justiciagratis.es/publico/. También encontrará información sobre donde

solicitarla y como. En general se solicita ante el Colegio de Abogados del lugar de su residencia habitual.

Esta conducta también es castigada por el párrafo segundo del artículo 173 del Código Penal, al establecer una pena de seis meses a dos años de prisión a quienes “en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes”. En primer lugar, es necesario que la conducta la realice un superior jerárquico, puesto que solo se condena el acoso vertical. En segundo lugar, debe haber prevalimiento, es decir, que la víctima se encuentre en una situación de inferioridad que anula su capacidad de decisión y el sujeto activo se aprovecha de su situación de superioridad. En tercer lugar, las acciones deben ser claramente humillantes y vejatorias. En cuarto lugar, la conducta debe hacerse de manera reiterada en el tiempo, con el objetivo de lograr un desmoronamiento psicológico. Finalmente, el delito exige que el comportamiento del agente cause un daño físico o psíquico a la víctima.

Para acudir a la vía penal, esta conducta debe ser lo suficientemente grave, y eso dependerá de cada caso concreto. Deberá analizarse la intensidad de los ataques, su contenido degradante, y la reiteración en relación con el espacio temporal en que se han producido. Además, será necesario acreditar el nexo causal entre dicha situación constitutiva de acoso y los daños psicofísicos producidos. Se puede probar mediante datos clínicos como informes médicos que muestren secuelas psíquicas y psicosomáticas, cuadros de estrés postraumático, trastornos de ansiedad, ataques de pánico, depresiones reactivas que evolucionan progresiva, lenta e inadvertidamente que producen un deterioro del ánimo, de la autoestima. Es posible que el seguimiento con las cámaras no se considere lo suficientemente grave como para denunciar por delito de acoso laboral, por lo tanto, no es recomendable denunciarlo.

Por otro lado, todo ha comenzado desde que se ha filtrado su estado serológico. Casi desde el principio de su relación laboral el médico de la empresa conocía su estado, y no pareció tener ninguna transcendencia en la empresa, sin embargo, desde que le reveló su estado al médico de la mutua, que al final no le operó, ha empezado a percibir este trato, aunque no hay pruebas sobre quién ha revelado realmente su información sanitaria, parece que fue este último. El artículo 2.7 de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece el deber de reserva de la información y documentación clínica, y el artículo 7 expresa el derecho a la intimidad. El médico no estaba autorizado a revelar estos datos a nadie, vulnerando así su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 22.2 establece la confidencialidad de los datos sobre la salud de los trabajadores, y en el 22.4 de la misma ley, expresa que esta información no podrá ser revelada al empresario, de modo que, sólo se podrá entregar al empresario la conclusión de los reconocimientos médicos en términos de: aptitud o adecuación del trabajador a su puesto de trabajo o función; o necesidad de introducir

o de mejorar las medidas de protección o de prevención. A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen desarrolla la protección de estos derechos. En su artículo 7.3, considera que la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona, como lo es su salud, y más cuando afectan a su reputación es una intromisión ilegítima. Mientras que el artículo 9.1 señala que “la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Para iniciar el proceso civil, deberá presentar una demanda ante la jurisdicción civil. Para presentar la demanda será necesario contar con la representación legal de un abogado.

El Código Penal en el artículo 199.2 establece una pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para su profesión por tiempo de dos a seis años a los profesionales que estén obligados a salvaguardar la confidencialidad de ciertos datos, y los revelen. Debe haber intención de revelar esos secretos, si no hay ese dolo, entonces se considera una negligencia y no generaría responsabilidad penal, sino civil o administrativa. Así ocurre en la STS 496/2018, de 10 de octubre de 2018, en la que se condena a dos fisioterapeutas por descubrimiento y revelación de secretos, ya que accedieron al historial médico de una compañera de trabajo y revelaron su estado de salud a algunos pacientes. Este delito sólo lo pueden cometer los profesionales, en este caso, sanitarios que descubran y revelen los secretos a los que tengan acceso por razón de su cargo. El personal sanitario que le atendió para realizar las pruebas del VIH tiene un deber de confidencialidad, y cometerían este delito de revelación de secretos si hubieran accedido a su historial médico y lo fueran divulgando. Existen tres excepciones en las que el médico podría romper su deber de confidencialidad sin ser sancionado, que son: cuando el paciente lo autorice expresamente, cuando la ley exija colaborar con la justicia, y cuando exista un riesgo para terceros. En el ámbito laboral, el VIH no genera un riesgo a terceros, salvo en determinadas profesiones sanitarias. Por tanto, debe denunciar estos hechos ante la jurisdicción penal, tal como indica el artículo 201 del Código Penal.

Por lo que cuenta, parece que el objetivo de la empresa es despedirle, y la razón es que usted tiene VIH. Tener esta enfermedad no justifica la exclusión de los trabajadores en ningún puesto de trabajo. Lo que determina que el trabajador pueda desarrollar un determinado puesto de trabajo es su estado de salud actual y si puede desarrollar dicho puesto. Un despido basado en motivos discriminatorios sería nulo, y vulneraría el artículo 14 de la Constitución, y el artículo 17 del Estatuto de los trabajadores. Usted puede denunciar estos hechos ante la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, de la manera que ya se indicó anteriormente.

Por otro lado, las faltas reiteradas por enfermedades comunes, aunque estén justificadas, pueden ser motivo de despido objetivo, tal como indica el artículo 52.d)

del Estatuto de los Trabajadores. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), nº316/2018, de 19 de marzo de 2018, aclara el cómputo que debe hacerse para que las faltas sean motivo de despido por razones objetivas. El Tribunal Supremo entiende que dicho artículo fija dos períodos, uno corto, de absentismo del 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre y cuando se cumpla el período largo, que es de un absentismo del 5% del último año. Y respecto al día en que se fija ese período largo, establece que comienza el día en que se produce el despido, y desde ese día se contarán los doce meses anteriores. Sin embargo, cuando esas enfermedades son consecuencia de una discapacidad, se consideraría discriminatorio, y por tanto, el despido sería nulo, como así se manifiesta en las SSTJUE 11 junio 2006 (C 13/05, asunto Chacón Navas), 13 abril 2013 (asuntos acumulados C 335/11 y 337/11, Ring); 1 diciembre 2016 (C 345/15, asunto Daouidi); y 18 enero 2018 (C-270/16, asunto Ruiz Conejero). En la misma dirección, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 45/2019, de 18 de enero de 2019, confirma que cuando una enfermedad es de larga duración puede equipararse a una discapacidad, por lo que un despido que trae en ello causa, sería declarado nulo, al afirmar que “la dicción de “la enfermedad en cuanto tal” o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad”. Así mismo, estima que “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad””.

Finalmente, si usted fuera despedido, lo que puede hacer ante esta situación, es demandar a la empresa por despido nulo, ya que en cualquier caso se trataría en un despido por motivos discriminatorios prohibido por la ley. El trabajador deberá ser readmitido de inmediato, y se abonarán los salarios dejados de percibir desde el momento del despido. La OCU recomienda que al recibir la carta de despido, se escriba “recibido, no conforme”, y también que se acuda al Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación que se encuentran en las consejerías regionales de asuntos laborales, para tratar de evitar la vía judicial. El plazo para hacer cualquier impugnación del despido es de 20 días hábiles desde que el despido tenga efecto. La presentación de la papeleta de conciliación suspende los plazos de caducidad. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. Los días utilizados para presentar la Papeleta en el SMAC se descuentan de los veinte disponibles, ya no se podrán utilizar para presentar la demanda en el Juzgado. Puede prescindir de este trámite y acudir directamente a la vía judicial.

Esperamos que esta respuesta le sea de utilidad,

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

En el siguiente caso se plantea no sólo una discriminación en el ámbito sanitario hacia una persona en riesgo de infectarse con el VIH sino la propia formación del personal sanitario pues niegan la existencia de la profilaxis postexposición no ocupacional. Además, este caso plantea la cuestión de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de que se produzca la transmisión efectiva del virus. Es la consulta CESIDA-2019-137.

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

-. El usuario se dirige a nosotros buscando asesoramiento para poner una reclamación a un hospital en una provincia andaluza, debido a que considera que ha recibido un trato indebido y a que no se le ha informado sobre la profilaxis postexposición no ocupacional después de haberla pedido, negándole el acceso al tratamiento. Esta situación que le lleva a reclamar al hospital tiene su origen en que ha tenido una relación sexual en la que la otra persona se quitó el preservativo sin que el usuario haya accedido a mantener una relación sin protección, por lo que no sabe si le ha podido transmitir el VIH o no.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

- . Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, de 24 de mayo de 1996, páginas 33987 a 34058. Artículo 181.
- . Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, num. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40126 a 40132. Artículos 2 y 3.
- . Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, num. 236, de 2 de octubre de 2015, páginas 89343 a 89410. Artículos 66 y 67.
- . Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su

actualización. *Boletín Oficial del Estado*, num. 222, de 16 de octubre de 2006, páginas 32650 a 32679.

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

-. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, en la Sentencia 9603/2003, de 12 de junio de 2003.

-. Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, num. 648/2015, de 22 de octubre de 2015.

- Juzgado de Instrucción de Salamanca, Sección 2, num. 155/2019, de 15 de abril de 2019.

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

-. Documento de Consenso sobre profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños. Ministerio de Sanidad. Marzo. 2015.

-. Cartera de Servicios en Atención Primaria. Dirección General de asistencia sanitaria, subdirección de programas y desarrollo de servicios. Servicio Andaluz de Salud. Consejería de Salud. Documento basado en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Link: http://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/distritos/djaenweb_distrito/pdf/carteraservicios/CarteraServicios2008.pdf.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario:

Antes de responder a su consulta, queremos agradecerle la confianza que ha puesto en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, pues no solamente nos permite ayudarle en su problema, sino que también contribuye al desarrollo de nuestros conocimientos jurídicos y nuestro progreso académico.

En la consulta que usted nos hace vamos a distinguir dos situaciones para responderle. Por un lado, la conducta de la persona con la que mantuvo la relación íntima y que se quitó el preservativo, habiendo usted consentido en tener una relación con protección y no sin la misma. Aunque usted no quiera emprender acciones contra esta persona, y no le vamos a insistir en ello, sí le vamos a hablar de la relevancia jurídica que podría tener tal conducta para que usted esté informado para futuras ocasiones. Por otro lado, analizaremos y daremos respuesta a la

conducta por parte del personal del hospital en el que le negaron la profilaxis, tanto sobre el trato ofensivo que usted haya podido recibir como el hecho de no haberle informado ni haberle suministrado la profilaxis postexposición no ocupacional, habiéndose desentendido y omitido por completo ese tratamiento según nos ha dicho usted.

Esta segunda cuestión, el comportamiento del personal del hospital nos hace preguntarnos si en el protocolo que siguen sobre este tipo de terapia no aparece la profilaxis postexposición no ocupacional y por ello le han dicho que lo desconocen y no se lo han suministrado, pues de lo contrario, si en el protocolo a seguir sí aparece la no ocupacional, la conducta del hospital no sería la correcta.

Dentro de la profilaxis postexposición se distingue entre la ocupacional y la no ocupacional. La ocupacional se refiere al ámbito laboral, cuando el personal sanitario se ve expuesto al virus, mientras que la no ocupacional hace referencia a todo contacto con sangre o fluidos potencialmente infecciosos fuera del ámbito laboral como es la exposición sexual sin protección o con fallo de la misma, esta distinción se recoge en el “Documento de Consenso sobre Profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños” emitido por el Ministerio de Sanidad.

La cartera de servicios de Atención Primaria en Andalucía, emitida por el Servicio Andaluz de Salud, del cual es dependiente el Hospital de Puerto Real al que usted acudió, prevé una profilaxis postexposición ocupacional (Anexo 25 del Proceso VIH/SIDA) y la profilaxis postexposición no ocupacional (Anexo 27 del Proceso VIH/SIDA), indicando que deberá valorarse la indicación de PPE-VIH en las 72 horas siguientes a la exposición, idealmente en las dos primeras horas, y deberá continuarse durante un mes con el tratamiento. El documento en su parte final dice que está dirigido a los profesionales sanitarios que integran el Sistema Sanitario Público. La Cartera de Servicios de Atención Primaria se estructura siguiendo las directrices del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, así como las recomendaciones del Grupo de Cartera de Servicios del Pacto Andaluz por el desarrollo de la Atención Primaria.

Como puede observarse, no cabe que el personal sanitario que le atendió en el Hospital de Puerto Real desconociera la terapia no ocupacional, pues es su deber tener conocimiento de ello, informarle a usted y proporcionarle el acceso al tratamiento.

Ante esta situación tiene usted varias vías a las que acudir. Como medida básica puede acudir al hospital y presentar una queja o reclamación acudiendo al hospital en la Unidad de Atención a la Ciudadanía del Centro, pero además podrá también hacerlo a través de la Consejería del Servicio de Salud Andaluz del que depende el hospital, se posibilita a los ciudadanos un libro de reclamaciones y sugerencias de mejora que se

estimen oportunas, esta vía está disponible tanto en formato electrónico como presencial entregándolo en papel. Tendrá la misma validez que lo hago en el mismo centro sanitario o a través de la Junta de Andalucía, pues todos los centros sanitarios adscritos disponen de un libro de reclamaciones en formato papel.

Con el fin de emprender acciones contra el hospital, podrá presentar una queja o reclamación, puede hacerlo por vía electrónica o presencialmente. Si lo hace presencialmente debe acudir a la Unidad de Atención a la Ciudadanía del hospital o bien a la Consejería del Servicio de Salud Andalúz (del cual es dependiente el hospital), ambos establecimientos disponen para los ciudadanos de un libro de reclamaciones y sugerencia, deberá rellenar un formulario explicando la situación. En caso de que elija la vía electrónica deberá disponer de un certificado digital para poder tramitarlo, a través del enlace que le pones a continuación podrá acceder a esta vía de reclamación: <https://www.juntadeandalucia.es/lsr/lsr/inicio.jsp>. Tiene la misma validez hacerlo por cualquiera de las dos vías. Ahora bien, la vía de la reclamación o queja no tiene el mismo valor que un recurso administrativo, pues este obliga a la administración a revisar determinados actos y emitir sobre los mismos una resolución que tiene efectos jurídicos, mientras que la queja o reclamación puede no tener respuesta alguna y quedarse en un mero comentario. Tampoco será necesario presentar primero la queja y luego la reclamación por vía administrativa, no es necesario agotar la primera para acudir a la segunda.

Otra de las acciones de las que dispone es reclamar a través de la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La argumentación que justifica esa responsabilidad se basaría, en caso de que la transmisión no sea efectiva, es decir, que no le haya transmitido el VIH, en daños morales, debido a la angustia y miedo que ha tenido que pasar al no saber si su vida está en riesgo o no, y además, que tuviera que acudir a otro hospital en otra provincia. El traslado y la tensión psicológica sería el objeto de la demanda por responsabilidad patrimonial de la Administración. En caso de que se hubiera producido la transmisión podrá reclamar por daños físicos que no han sido atendidos ni prevenidos y que podían haberlo sido, es decir, por una omisión del tratamiento, pues en este caso concreto es importante tener en cuenta el plazo en el que se puede suministrar la profilaxis postexposición (72 horas), porque fuera de ese plazo el tratamiento ya no es efectivo. El plazo que se haya dejado correr es relevante, pues el daño también deriva de ello, cuanto más tiempo pase sin tomarlo menos efectivo será ante una posible transmisión.

La posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños morales ha sido amparada por los tribunales españoles (en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, en la Sentencia 9603/2003, de 12 de junio de 2003, entre otras), fijando así el criterio de la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos, la cual comprende una indemnización por daños morales, debiendo de ser el resarcimiento valorado en una cifra razonable. Para cuantificar el daño habrá que atender a las circunstancias y

repercusión que ha tenido esa situación para usted, pues es más complicado determinar la cuantía de la indemnización por daño morales, al incluir un factor subjetivo, que los daños físicos pues al contrario de lo morales estos se basan en un factor objetivo y por consiguiente más fácil de cuantificar.

En este caso concreto nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en el cual el daño moral es generalmente admitido y como resultado de ello muchas de las reclamaciones y quejas que se presentan se fundamentan en este tipo de indemnización, ya sea por fallecimiento de un familiar, por error de diagnóstico o ausencia o falta de información en un tratamiento o en el caso del consentimiento informado. Por lo que su caso encaja en este tipo de indemnización.

La normativa en la cual nos basamos para el resarcimiento del daño moral derivado de la responsabilidad sanitaria, reside en primer lugar en 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 (artículo 2) que establece como principio básico que todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. La Ley 41/2002 establece la obligación de la información clínica, es decir, que debe informarse a todo paciente de todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla (artículo 3).

El trámite que debe seguir para exigir responsabilidad deberá realizarlo a través de una solicitud disponiendo de un certificado electrónico a través de la página web de la Junta (www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/1257/como-solicitar.html) o bien, acudir presencialmente al registro y rellenar allí los formularios que le sean solicitados para el procedimiento. En la solicitud deberá especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio (esto se refiere a que usted debe argumentar, como le hemos explicado más arriba, que el daño moral o físico que usted haya podido sufrir deriva del hecho de que no le han informado ni suministrado la profilaxis postexposición no ocupacional, siendo ello el origen del daño); la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuere posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse (deberá presentar los documentos referentes a la atención que obtuvo en el primer hospital (artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Como información básica de la solicitud deberá contener el nombre y apellidos, identificación del medio electrónico o lugar físico en el que se practique la notificación, los hechos, razones y

petición; el lugar y fecha, su firma, los datos del órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación (información a la que puede acceder en el siguiente enlace www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/centros/Detalle.asp?IdCentro=16415). El plazo de resolución será de 6 meses y en caso de que no se le notifique en seis meses se entiende que el silencio es negativo, lo que quiere decir que le es denegado lo que ha solicitado.

Para este procedimiento no es necesaria la asistencia de abogado ni de procurador, podrá tramitarlo usted mismo. Aunque es recomendable la asistencia de abogado, porque tras la vía administrativa podría acudir a la vía contenciosa y si no se realiza de forma correcta podría perjudicarle en la vía contenciosa. Podrá usted valerse de asistencia jurídica gratuita si precisa. Podrá solicitarla en los Servicios de Orientación Jurídica del colegio de abogados de su lugar de residencia, así como en las sedes de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de su provincia. Podrá hacerse por vía electrónica o presencia. La documentación que deberá presentar puede encontrarla en el siguiente enlace: www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/gratuita/paginas/solicitud-justicia-gratuita.html.

También cabe la responsabilidad penal en estos casos. El artículo 196 del Código penal dice que el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con pena de prisión y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público desde seis a meses a tres años. Para exigir esta responsabilidad deberá presentar una denuncia (en base a lo dispuesto en los artículos 259 a 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La denuncia se presenta ante un Juzgado de Instrucción, ante el Ministerio Fiscal o en comisaría. Deberá formularse por escrito debiendo contener la firma del denunciante, aunque también puede realizarse de forma verbal, para lo que se extenderá un acta por la autoridad o funcionario que la recibiere en la que se expresarán los hechos que le explique, debiendo firmarla ambos, el funcionario y usted. Ahora bien, para que este delito tenga lugar debe cumplir con los requisitos jurisprudenciales (reiterados en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 648/2015, de 22 de octubre de 2015) siendo estos en primer lugar que el médico debe de estar obligado a ello, así como un riesgo grave. El riesgo grave en este caso se mide atendiendo a si se produjo o no la transmisión, pues si no hubo transmisión a efectos probatorios sería difícil que prosperase la denuncia. Para este procedimiento es obligatoria la asistencia de abogado.

Por otro lado, como le hemos dicho al principio de la respuesta le vamos a informar sobre la conducta de la persona con la que ha mantenido relaciones íntimas sin protección habiendo usted consentido únicamente una relación con protección. Tal conducta es reprochable por la vía penal, pues entraría en el ámbito del delito contra

la indemnidad sexual. En una sentencia reciente del Juzgado de Instrucción de Salamanca núm. 155/2019, de 15 de abril, concluyó que una conducta que consiste en quitarse el condón de forma “sigilosa” y no consensuada sin que la pareja se dé cuenta de ello durante la relación sexual, entra dentro del ámbito del abuso sexual. Dicha sentencia lo atribuye al ámbito del abuso sexual pues no cumple con los requisitos de una agresión debido a que esta exige violencia o intimidación. A pesar de que sí existía consentimiento para mantener la relación sexual, ese consentimiento se prestó bajo la condición de que fuera con preservativo. Se trata de un caso idéntico al suyo. En este caso, el juez impuso una pena de multa y no de prisión, pues el artículo 181 del Código Penal que tipifica el abuso sexual establece que “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o una multa de dieciocho a veinticuatro meses”.

Si bien no se trata en este caso de una sentencia de la Audiencia Provincial ni del Tribunal Supremo podría dar lugar a una nueva doctrina jurisprudencial, considerando así tal conducta que ha tenido lugar en su caso como un delito de abuso sexual.

Esperemos que la información le sea de ayuda y le animamos a que vuelva a escribirnos sobre cualquier otra consulta que tenga.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

En la consulta CESIDA-2019-192 una persona que trabaja como bombero ha recibido recientemente el diagnóstico de que tiene VIH y no sabe si debe comunicarlo, si ya debía haberlo hecho. En esta consulta se discute hasta qué punto el VIH es una condición de salud que supone un peligro para las personas a las que va a atender esta persona; si por dicha condición de salud se le debería destinar a una actividad de oficina.

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

-. La consulta es planteada por una persona con VIH y carga viral indetectable. Es bombero en activo, y realiza trabajos en una unidad de emergencia. Le diagnosticaron del VIH recientemente y no sabe si ha de comunicar el diagnóstico, o si debía haberlo comunicado en el mismo momento en que se lo diagnosticaron. Afirma que informar

a los mandos sería suficiente para que todo el equipo se enterase. Desea obtener información al respecto.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos): artículo 5 (sobre los principios relativos al tratamiento); artículo 6 (sobre la licitud del tratamiento); artículo 7 (sobre las condiciones para el consentimiento); artículo 9 (sobre el tratamiento de categorías especiales de protección de datos).

-. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978: artículo 14 (sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación); artículo 18.1 (sobre el derecho a la intimidad); artículo 18.4 (sobre el derecho a la protección de datos personales); artículo 23.2 (sobre el derecho de acceso a la función pública); artículo 35.1 (sobre el derecho al trabajo y del derecho a la elección de profesión); artículo 103 (sobre el derecho a acceder a la función pública).

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: artículo 5 (sobre el deber de confidencialidad); artículo 6 (sobre el tratamiento basado en el consentimiento del afectado); artículo 8 (sobre el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos); artículo 9 (sobre las categorías especiales de datos); artículo 28 (sobre las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento); artículos 63 a 69 (sobre los procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos); Disposición adicional decimoséptima (sobre los tratamientos de datos de salud).

-. Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica: artículo 2 (sobre el respeto a la intimidad personal y el deber de reserva); artículo 7 (sobre la confidencialidad de los datos referentes a la salud); artículo 8 (sobre el consentimiento del paciente).

-. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: artículo 14 (sobre el derecho a la protección frente a los riesgos laborales); artículo 15 (sobre los principios de acción preventiva); artículo 16 (sobre el plan de prevención de riesgos laborales); artículo 17 (sobre los equipos de trabajo y medios de protección); artículo 19 (sobre la formación de los trabajadores); artículo 22 (sobre la vigilancia de la salud y la voluntariedad de someterse a reconocimientos médicos laborales); artículo 25.1 (sobre la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados

riesgos); artículo 29 (sobre el incumplimiento de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales).

-. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: artículo 14. i) (sobre el derecho a la no discriminación por cualquier circunstancia personal); artículo 14. l) (sobre el derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo); artículo 20.2 (sobre la evaluación del desempeño de los empleados públicos); artículo 54.9 (sobre el cumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral); artículo 56 (sobre los requisitos generales para el acceso); artículo 61 (sobre los sistemas selectivos); artículo 61.5 (sobre la posibilidad de exigir reconocimientos médicos en el proceso selectivo).

-. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: artículo 4.2.e) (sobre el respeto a la intimidad); artículo 53.4 (sobre la nulidad del contrato con causa en la discriminación); artículo 54.2.b y d (sobre el despido disciplinario por incumplimiento laboral o transgresión de la buena fe); artículo 58.1 (sobre las sanciones a los trabajadores por los incumplimientos laborales).

-. Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público.

Normativa autonómica valenciana:

-. Ley 7/2011, de 1 de abril, de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunitat Valenciana: artículo 1 (sobre el personal de protección civil y emergencias incluidos en la ley); artículo 7 (sobre el personal de los servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de las administraciones públicas); artículo 8 (sobre los bomberos voluntarios); artículo 25 (sobre los requisitos de acceso de carácter general); artículo 26 (sobre los requisitos de acceso por escala y categorías); artículo 28 (sobre la selección y prueba de reconocimiento médico incluida en la fase de oposición); artículo 38 (sobre la prevención de riesgos laborales); artículo 47 (sobre los derechos del personal de los servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de las administraciones públicas); artículo 48 (sobre los deberes del personal).

-. Resolución de 18 de mayo de 2018, del Ayuntamiento de Valencia, referente a la convocatoria para proveer varias plazas.

-. Anuncio del Excelentísimo Ayuntamiento de Valencia sobre acuerdo aprobatorio de las bases de la convocatoria para proveer en propiedad 29 plazas de bombero/a. Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, núm. 92, de 15 de mayo de 2018: artículo

2 (sobre los requisitos de los aspirantes); Anexo V (sobre las exclusiones médicas); apartado 11 del Anexo V (sobre otros procesos patológicos); apartado 13 del Anexo V (sobre cualquier otro proceso patológico que dificulte o impida el desarrollo de las funciones de bombero).

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

-. Sobre el derecho a la intimidad y su contenido ver las siguientes sentencias: STC 190/2013, FJ 2; STC 17/2013, FJ 14; STC 70/2009, FJ 2; STC 198/2004, FJ 8; STC 57/1994, FJ 6.

-. Sobre el derecho a la intimidad y la voluntariedad de los reconocimientos médicos en el ámbito laboral ver la STC 196/2004, FJ 5 y 6.

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

-. Guía para pacientes y usuarios de la sanidad, Agencia Española de Protección de Datos, noviembre 2019. Disponible en línea en la siguiente dirección: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-pacientes-usuarios-sanidad.pdf>.

-. Código de Deontología Médica de 2011: artículo 5 (sobre el principio de no maleficencia); artículo 27 (sobre el secreto profesional).

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

-. Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias, Manual Básico IVASPE para bomberos de nuevo ingreso, 2017. Accesible en: <http://www.presidencia.gva.es/estatico/MANUAL%20BOMBEROS.pdf>.

-. OIT, *Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo*, 2010 (núm. 200), Ginebra, 2010. Accesible online en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_194091.pdf.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para contestar a sus dudas. El tema que plantea lo conocemos bien porque son muchos los usuarios que nos han preguntado por la obligatoriedad de declarar el estado serológico debido a la preocupación que les supone el hecho de

tener que someterse a reconocimientos médicos periódicos que pueden incluir la prueba del VIH o por evaluaciones médicas eventuales en sus ámbitos de trabajo. El hecho de que pueda verse vulnerada la confidencialidad en el tratamiento de esta información y que ello pueda acarrear o no consecuencias laborales genera en las personas con VIH muchísimas dudas, tanto por la obligatoriedad de someterse a pruebas médicas cuanto por la legitimidad de éstas en cualquier ámbito de trabajo.

En su consulta podemos apreciar que la duda principal que usted nos pregunta radica en saber si está en la obligación de comunicar su diagnóstico de VIH en su actual trabajo. La respuesta a esta cuestión requiere de una explicación más desarrollada, pero desde ya podemos adelantarle que usted no tiene la obligación de comunicar su estado serológico en su ámbito de trabajo ya que ese dato forma parte de su vida privada, ámbito protegido por el derecho a la intimidad, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Pero, además, la información sanitaria, dado su carácter especialmente sensible, está protegida bajo el paraguas del derecho a la protección de datos personales, reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Por otra parte, su deber de colaboración en la vigilancia de su salud a efectos de dar cumplimiento a la normativa de prevención de riesgos laborales y a la Ley 7/2011, de 1 de abril, de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunitat Valenciana, estaría más que cubierto si tenemos en cuenta que usted lleva un control exhaustivo de su salud, tiene la carga viral indetectable y utiliza las medidas de prevención de la transmisión. Si el VIH supusiera una merma en el desarrollo de sus funciones y le imposibilitara cumplir con el desempeño de las tareas esenciales de su puesto de trabajo, entonces y solo en ese supuesto sí sería un dato relevante por comunicar al técnico de prevención o servicio de prevención correspondiente, pero, dado que no lo es, no tiene la obligación de comunicar su estado serológico.

Si nos ponemos en el supuesto de que usted decidiera comunicar este dato médico, debe saber que el responsable de recibir tal información, que no debe ser jefe ni su superior jerárquico, sino el profesional médico encargado de asumir las tareas de vigilancia de la salud, la normativa establece que ante cualquier proceso de evaluación deberán ser preservados los derechos constitucionales. En este sentido, los profesionales encargados de obtener dicha información sanitaria tienen la obligación de mantener la confidencialidad de todo el proceso, respetar el derecho a la intimidad del trabajador y velar por el secreto de toda la información relacionada con el estado de salud de cualquier persona.

Desde esta parte sabemos que la confidencialidad es una gran preocupación para las personas que sospechan o que tienen el virus, por este motivo, en relación a esta cuestión, debe saber que la protección de su derecho a la intimidad en el ámbito sanitario y de su derecho a la protección de datos personales sanitarios cuentan con un marco legal de protección muy amplio que parte, como ya le mencionábamos, del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución los cuales reconocen el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos personales. Estos derechos se han

recogido en distintas normas de nuestro sistema jurídico, si bien las que se aplican a este supuesto son: el Estatuto de los Trabajadores, en cuyo artículo 4.2.e) se configura el derecho a la intimidad como un derecho básico en la relación laboral; la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, que reconoce el derecho a la intimidad y de la dignidad de la persona como principios básicos de la actuación sanitaria (art. 2.1); la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, que en el artículo 22.2 reconoce la intimidad de la persona en relación con la vigilancia de la salud; la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que establece el deber de las personas encargadas del tratamiento de datos personales de proteger la confidencialidad de la información (arts. 5, 8, 28).

Desde la perspectiva de los profesionales sanitarios encargados de recibir la información personal sanitaria, el derecho a la intimidad y a la protección de datos también han sido ampliamente reconocidos. En primer lugar, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 10 el derecho a la intimidad y confidencialidad de los datos. En segundo lugar, la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, establece en su artículo 5.1.f) el derecho de los pacientes a conocer la información de la Ley 41/2002 que, como hemos visto, reconoce el derecho a la intimidad como principio básico en materia sanitaria. En tercer lugar, la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece en su artículo 19.i) el deber de los trabajadores sanitarios de respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud y en el artículo 19.j) se establece el deber de mantener la debida reserva y confidencialidad de la información recibida cuando se está prestando servicios sanitarios.

Estas son solo algunas normas que le mencionamos con la finalidad de que sepa que su derecho a la intimidad cuenta con una protección legal amplísima que además se ve reforzada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en cuyo artículo 9 reconoce que los datos de carácter sanitario son datos especialmente sensibles y que por tal motivo deben ser objeto de una protección mucho mayor. Una protección que viene impuesta por la normativa europea cuyo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, establece que “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física” (art. 9.1).

Por tanto, de ninguna de las maneras el médico de salud laboral al que usted comunique su estado serológico o que tenga conocimiento de los resultados de sus analíticas puede informar a ninguna tercera persona sin su consentimiento. En un supuesto hipotético, si usted perdiera el control de sus datos personales, debe saber

que la cesión de información sin el consentimiento del titular tiene consecuencias legales y también administrativas. Si usted tiene pruebas o indicios de un incumplimiento o infracción de la normativa de protección de datos que afecte al tratamiento de sus datos personales, puede presentar una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos aportando dichos documentos. La tramitación es más ágil en los casos en que se aportan más pruebas o indicios junto con la denuncia.

Asimismo, le recordamos que tener el VIH no supone un motivo de limitación de sus funciones como bombero ni mucho menos de exclusión y/o rechazo en el ámbito laboral, ni un motivo para despedirle tras los resultados de un eventual reconocimiento médico o declaración de su estado serológico. El VIH solo será relevante si, eventualmente, su nivel de carga viral disminuyese y no llevase a cabo el cumplimiento de las medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT).

A pesar de sus temores, que comprendemos perfectamente, debe saber que la posibilidad de exclusión o de cambio en sus funciones por el simple hecho de tener el VIH de la prestación de sus servicios como bombero supone una violación del derecho al trabajo, del derecho a la elección de la profesión y del derecho a acceder a la función pública. Además, supone un trato discriminatorio prohibido por el artículo 14 de nuestra Constitución y también por el Estatuto de los Trabajadores y la normativa laboral aplicable a los funcionarios.

Le comentamos esto para que tenga en cuenta que su preocupación por declarar su estado serológico o someterse al reconocimiento médico y que este arroje como resultado que usted tiene VIH y este dato pueda provocar una situación de limitación en sus funciones, pase a segunda actividad o rechazo o pérdida de su trabajo, no debería suceder porque de ser así sería ilegal. De esta forma, mientras usted tenga la capacidad para desempeñar su puesto de trabajo no pueden despedirle por tener VIH, de ninguna de las maneras, porque de producirse dicha situación se le estaría discriminando, lo cual es una actuación contraria a la ley.

En un supuesto hipotético, si en su ámbito de trabajo se tuviera conocimiento de su estatus de seropositividad al VIH y usted advirtiera cualquier indicio de discriminación por razón de su seropositividad, sepa que puede denunciar los hechos ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social (en adelante ITSS). La ITSS es el órgano competente para realizar el control y la vigilancia del cumplimiento de la normativa en el orden social (relaciones laborales, la Seguridad Social, el empleo o las condiciones de seguridad y salud en el trabajo). Esta denuncia la puede presentar toda persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir infracciones en materia laboral, seguridad y salud laboral, Seguridad Social, empleo, etc.

La solicitud de actuación de la ITSS se puede realizar mediante la presentación de una denuncia, bien de forma presencial en los registros de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, y unidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de

las administraciones locales; bien de forma telemática a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en la siguiente dirección: www.mitramiss.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/COMO_DENUNCIAR_ITSS.html; bien por vía postal mediante una carta dirigida a la oficina correspondiente de la ITSS.

La denuncia, en todo caso, debe contener, además de los datos de identificación del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar en que se produjo la infracción, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. Las denuncias presentadas tienen carácter confidencial. En las Inspecciones provinciales puede obtenerse un modelo normalizado de denuncia. Este modelo también se encuentra disponible en el siguiente enlace: www.mitramiss.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/FORMULARIOS/index.html

Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y, asimismo, le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros cuando lo necesite y considere conveniente. Asimismo, si desea mantenernos al tanto de su caso estaremos encantados de recibir noticias tuyas.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

En la consulta CESIDA-2020-5 observamos un caso en el que la exclusión legal de las personas con VIH puede que no esté justificado. Se trata del acceso de las personas con VIH al plasma rico en plaquetas (PRP). La exclusión se justifica aludiendo a un problema de seguridad y trazabilidad de las muestras de sangre que son necesarias.

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

-. Una persona con VIH contrató con una clínica un tratamiento de injerto capilar que le incluía un tratamiento de Plasma Rico en Plaquetas (PRP). Una vez realizado el injerto capilar, el usuario escribió a la clínica para hacerse el tratamiento PRP. No obstante, desde la clínica le dijeron que: *“Sanidad no autoriza realizar el PRP con pacientes de Alteraciones infecciosas”*. Por ello, el usuario nos pregunta si esa denegación es legal o si, por el contrario, es una discriminación por tener VIH.

Instrumentos Normativos Utilizados

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

-. Unión Europea. Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 311 de 28.11.2001.

-. Unión Europea. Reglamento (CE) nº 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 324/121 de 10.12.2007.

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

Artículo 9.1. Sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.

Artículo 14. Principio de igualdad.

Artículo 43. Derecho a la salud.

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

-. España. Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 2015, núm. 177.

Artículo 2. Definiciones.

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

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

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

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

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

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

interdicción en la arbitrariedad; vulneración de la igualdad tributaria, territorial y unidad de mercado. Nulidad del precepto.

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

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

-. Garantías mínimas de calidad en la producción de plasma rico en plaquetas (PRP).
Elaborado por: Grupo de Plasma Rico en Plaquetas (PRP) Aprobado por: Comité Técnico de Inspección (CTI) Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2014 Código: CTI/PRP/160/00/14.

-. Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios AEMPS. Documento de preguntas y respuestas sobre el real decreto 477/2014, de 13 de junio por el que se regula la autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial. 22 de septiembre de 2014.

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

-. INFORME/V1/23052013, Informe de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios sobre el uso de Plasma Rico en Plaquetas, Fecha de publicación: 23 de mayo de 2013.

-. Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, Resolución por la que se establece la clasificación del uso terapéutico no sustitutivo del plasma autólogo y sus fracciones, componentes o derivados, como medicamento de uso humano para atender necesidades especiales. 23 de mayo de 2013.

Respuesta fundamentada

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

En primero lugar, comenzaremos la consulta analizando lo que se denomina Plasma Rico en Plaquetas (en adelante, PRP) exponiendo la normativa aplicable al PRP en España y, a continuación, estudiaremos si la actuación de la clínica denegándole la realización de infiltraciones con PRP por tener VIH se ajusta a la normativa actual. Así mismo, analizaremos la legalidad de excluir a personas con VIH de la realización de tratamientos con PRP.

El PRP se puede definir como un volumen de plasma autólogo que contiene una concentración de plaquetas superior al nivel basal (150.000/350.000/ μ L). El PRP se

obtiene de forma similar a una analítica normal, y consiste en la extracción de un poco de sangre que se coloca en una máquina (centrifugadora) que se encarga de separar la sangre en varias partes, una de ellas será el PRP. Por lo tanto, el PRP consiste en una fracción del plasma centrifugado que contiene una concentración de plaquetas superior a la de sangre periférica.

El plasma se encuentra dentro de los denominados factores de crecimiento u otras proteínas derivadas del uso terapéutico y no sustitutivo del plasma autólogo y sus fracciones, que tradicionalmente se han considerado como los agentes responsables de la reparación y regeneración de diferentes tejidos (hueso, cartílago, tendones, ligamentos, etcétera).

Sin embargo, actualmente no existe una evidencia científica sobre su efectividad y beneficios, debido a los novedosos que son los tratamientos en los que se utiliza el PRP.

En segundo lugar, el uso del PRP se considera por la normativa, tanto europea como nacional, como un medicamento de uso humano.

En este sentido, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano y el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, definen *“medicamento de uso humano”* como *“toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico”*.

Así, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios dictó, el 23 de mayo de 2013, la *Resolución por la que se establece la clasificación del uso terapéutico no sustitutivo del plasma autólogo y sus fracciones, componentes o derivados, como medicamento de uso humano para atender necesidades especiales*, determinando que, atendiendo a la composición del plasma autólogo y sus fracciones, componentes o derivados, el mecanismo de acción postulado así como a sus fines o indicaciones, cabe considerar la aplicación del plasma autólogo y sus fracciones, componentes o derivados como un medicamento de uso humano.

Así mismo, esta resolución matiza que el PRP no puede ser considerado como un medicamento de producción industrial puesto que no puede ser considerado como un medicamento elaborado industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial, ni tampoco como un medicamento de terapia avanzada, conforme a la definición del Reglamento (CE) nº 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada.

Según establece el Reglamento (CE) nº 1394/2007, existen cuatro tipos de medicamentos de terapia avanzada: terapia genética, terapia celular, productos de ingeniería tisular y medicamento combinado de terapia avanzada.

El PRP podría encajar en la definición de terapia celular recogida en la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (anexo I, parte IV, según su última modificación), puesto que:

“Un medicamento de terapia celular somática es un medicamento biológico con las características siguientes: contiene células o tejidos, o está constituido por ellos, que han sido objeto de manipulación sustancial de modo que se hayan alterado sus características biológicas, funciones fisiológicas o propiedades estructurales pertinentes para el uso clínico previsto, o por células o tejidos que no se pretende destinar a la misma función esencial en el receptor y en el donante; se presenta con propiedades para ser usado por seres humanos, o administrado a los mismos, con objeto de tratar, prevenir o diagnosticar una enfermedad mediante la acción farmacológica, inmunológica o metabólica de sus células o tejidos.

A efectos de la letra a), no se considerarán manipulaciones sustanciales las enumeradas en concreto en el anexo I del Reglamento (CE) nº 1394/2007”.

Es importante destacar el último párrafo de la citada definición, ya que para considerar el PRP un medicamento de terapia avanzada debe existir una manipulación sustancial, y no se consideran como tal todas aquellas que figuran en el anexo I del Reglamento (CE) Nº 1394/2007: corte, trituración, moldeo, centrifugación, imbibición en disoluciones antibióticas o antimicrobianas, esterilización, irradiación, separación, concentración o purificación celular, filtrado, liofilización, congelación, criopreservación y vitrificación.

Como hemos visto anteriormente, para los tratamientos de PRP se emplea principalmente el uso de técnicas de centrifugación y, por lo tanto, al no ser considerado como una manipulación sustancial, no puede encajar dentro de las técnicas de terapia avanzada y, por lo tanto, no es aplicable la citada normativa.

Por el contrario, al considerarse un medicamento de uso humano derivado de la sangre y de carácter autólogo, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.

En este sentido, y según la citada resolución de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aun cuando se trate de productos derivados de la sangre, del plasma y el resto de las sustancias de origen humano, pero de carácter autólogo, el

médico prescriptor deberá adoptar las medidas precisas de control, vigilancia y trazabilidad que impidan la transmisión de enfermedades infecciosas.

Por ello, quedan excluidas de la utilización de estos procedimientos las personas pertenecientes al grupo que se describe en el Anexo II, punto C, del Real Decreto 1088/2005, donde constan los criterios de exclusión permanente, entre los que se incluyen, los marcadores positivos para el VIH-I/II.

En conclusión, la actuación de la clínica denegándole el tratamiento de infiltraciones con PRP es ajustada a la normativa actual, ya que el VIH se considera una causa de exclusión permanente para la realización de este tipo de tratamientos.

A pesar de que esta causa de exclusión está contemplada en la normativa y se considera legal, puede verse vulnerado el principio de igualdad recogido en la Constitución Española. El artículo 14 de la Constitución Española recoge el principio de igualdad: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Este principio se vulnera cuando se discrimina, la discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, que no está justificada, que no es razonable desde un punto de vista jurídico. Una persona es discriminada cuando recibe un trato diferenciado injustificado al que recibe el resto de las personas por pertenecer a un grupo particular. A continuación, analizaremos la legalidad de esta limitación. La CE no prohíbe el trato diferenciado siempre que su objetivo sea una causa lícita, proporcional y justificada.

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

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

- a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; así mismo, a pesar de que la medida pueda considerarse razonable si atenemos al fin que persigue, esta puede no ser proporcional si podemos emplear medidas menos lesivas para ello.
- b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no

basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 96/2002 de 25 de abril, FJ 7).

La normativa, antes citada, donde se excluye a las personas con VIH podría ser discriminatoria debido a que la exclusión para realizar este tipo de tratamientos no está justificada puesto que, aunque el fin perseguido es una causa lícita, es decir, la salud pública, existen medios menos limitativos de derechos para alcanzar dicho fin, como puede ser un correcto etiquetado de la sangre que se extraiga para realizar el tratamiento con PRP.

Por ello, la actuación de la clínica ha sido correcta, pues la normativa les obliga a excluir a las personas con VIH de los tratamientos con PRP, esto no implica que la normativa sea discriminatoria. No obstante, cuando la clínica le ofreció la realización del tratamiento con PRP, debería haber comprobado antes que no se encontraba en ninguna de las causas de exclusión del tratamiento. Por ello, debería ponerse en contacto por escrito, vía mail, con la clínica para solicitar la devolución del dinero que pagó por el tratamiento con PRP por no poderse realizar. En caso de que se lo denieguen no dude en volver a ponerse en contacto con la Clínica Legal y remitirnos el contrato que firmó con la clínica, así como las razones que le han dado para denegarle la devolución del importe que pagó.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH.

3. LOS CASOS DE LA CLÍNICA LEGAL EN CIFRAS

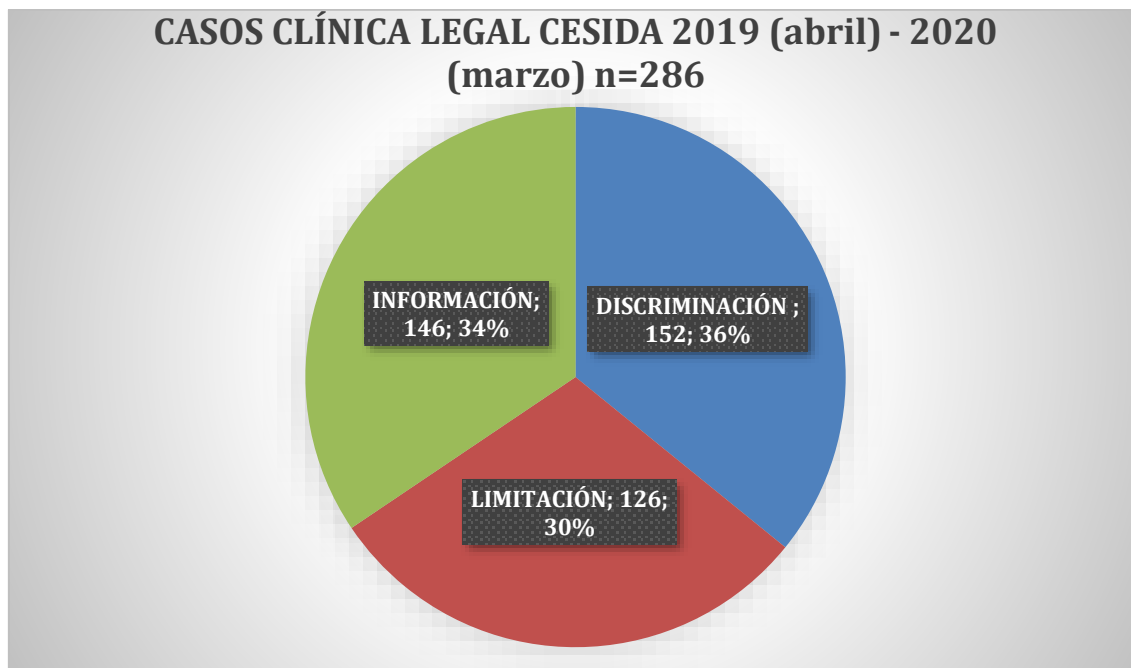
En las siguientes páginas haremos una descripción cuantitativa de las consultas recibidas en la Clínica Legal que organizan conjuntamente CESIDA y la Universidad de Alcalá entre el 1 de abril de 2019 y el 31 de marzo de 2020.

Por lo que se refiere al número de consultas recibidas, se ha producido un incremento respecto al mismo período un año antes pues se ha pasado de 176 consultas (1 de abril de 2018-31 de marzo de 2019) a 286 consultas (1 de abril de 2019-31 de marzo de 2020), lo que supone un incremento del 61,5%. En total, desde la puesta en marcha de la Clínica Legal en el curso académico 2012-2013 y hasta el 31 de marzo de 2020 ya se han recibido 967 consultas¹. Creemos que estos números muestran que la Clínica Legal presta un servicio esencial para las personas con VIH en España y, como veremos más adelante, también en América Latina, donde las personas con VIH tienen a la Clínica Legal de la UAH como un referente para obtener información fiable sobre cuestiones relacionadas con su proceso migratorio y el acceso al tratamiento antirretroviral una vez que estén en España.

Entre las 286 consultas recibidas hemos detectado 152 casos en que se producía una situación de discriminación hacia una persona con VIH; 126 casos en que se producía una situación de limitación de un derecho al afectarse el contenido esencial del derecho fundamental del que era titular una persona con VIH; y 146 casos en que las personas con VIH o las asociaciones que representan o defienden sus derechos e intereses buscaban información legal sobre una determinada situación con relevancia jurídica, sobre el acceso a una prestación social o al reconocimiento de un determinado derecho (figura 1). Consideramos que se produce un caso de discriminación cuando una persona con VIH recibe un trato diferenciado que no está justificado conforme a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En estos casos, a la persona con VIH se le dispensa un trato diferente que afecta negativamente al ejercicio de uno de sus derechos al ser incluida por razón de su estado serológico en un grupo que no le corresponde. Un acto de discriminación reiterado ha sido la denegación de la contratación de seguros de vida y de seguros de salud a las personas con VIH. Por otro lado, se produciría un caso de limitación de un derecho cuando a la persona con VIH, al igual que al resto de personas, se le impone un curso de acción que afecta al contenido esencial de su derecho. La limitación de un derecho no tiene que estar relacionada directamente con su estado serológico. Así, por ejemplo, se limita el derecho a la intimidad tanto de una persona con VIH como de una persona sin VIH que tienen reconocido un grado de discapacidad cuando se solicita la segunda hoja del Dictamen Técnico Facultativo en la que se recoge la causa de la discapacidad. Por último,

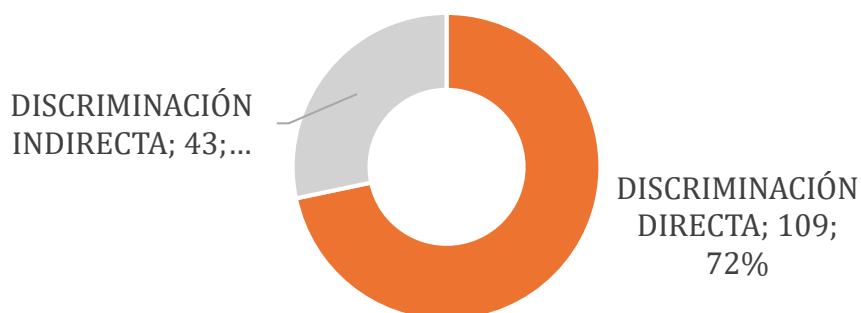
¹ En este cómputo se incluyen también las consultas que se reciben en la Clínica Legal organizada conjuntamente entre gTt-VIH y la Universidad de Alcalá en la sede de Madrid de la ONG donde se presta un servicio de atención directa (Street Law) a personas migrantes con VIH.

consideramos que una consulta se puede encuadrar en el apartado de solicitud de información cuando la consulta solo requiere una labor de alfabetización legal.



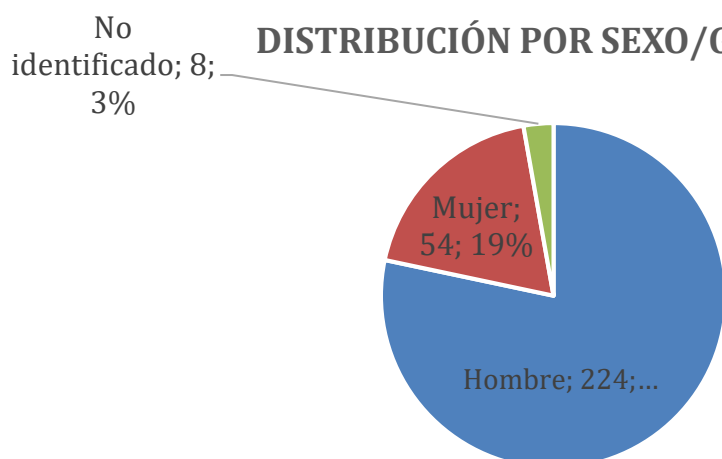
En los casos de discriminación, hemos detectado 109 casos de discriminación directa y 43 casos de discriminación indirecta (figura 2). Existe discriminación directa cuando una persona con VIH es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por motivo de o por razón de su condición serológica; la discriminación indirecta se produce cuando una disposición legal, aparentemente neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de su condición serológica respecto del VIH. Un caso arquetípico de discriminación directa es la denegación de un servicio, como puede ser un trasplante capilar, por la simple razón de su estado serológico. Por su parte, un caso de discriminación indirecta se observa cuando a personas con VIH que quieren venir a estudiar a España se les aplica de forma neutra la legislación vigente sobre visados de estudios, que exige la contratación de un seguro de salud. Estos seguros excluyen de forma sistemática la cobertura de la prestación farmacéutica por lo que no podrán tener acceso al medicamento antirretroviral durante su período de estancia en España.

TIPOS DE DISCRIMINACIÓN

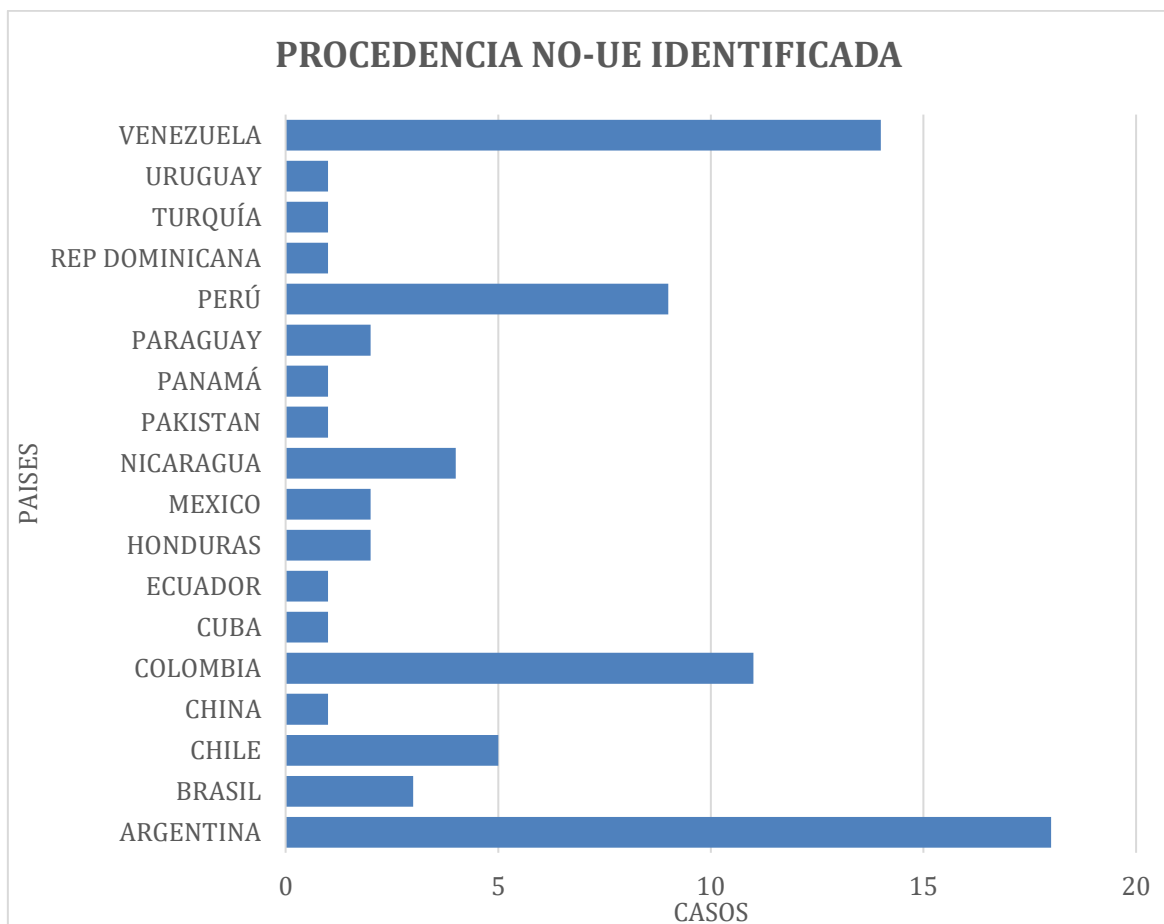
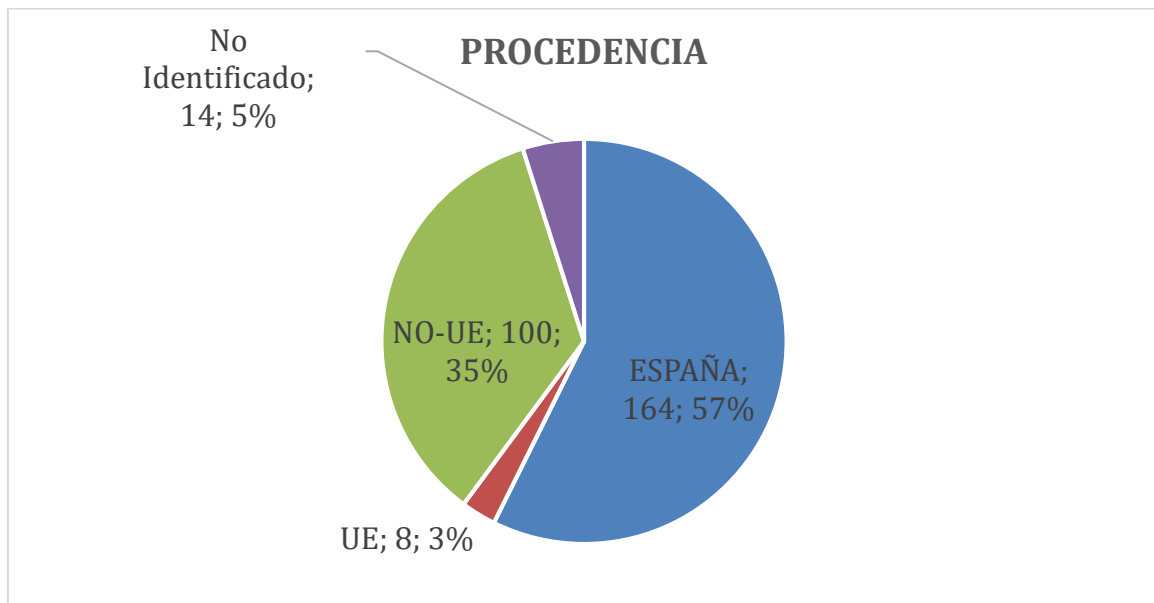


En cuanto al sexo o género de las personas que consultaban, 224 consultas las han enviado hombres, 54 han sido enviadas por mujeres y en 8 consultas no hemos podido identificar el sexo o el género de la persona (figura 3).

DISTRIBUCIÓN POR SEXO/GÉNERO



Estos datos confirman que en España el VIH está muy masculinizado. Por último, en cuanto al origen de la consulta, la mayoría (164) provienen de España, aunque cabe destacar el impacto que la actividad de la Clínica Legal tiene en América Latina de donde provienen 100 consultas (figura 4), siendo Argentina, Venezuela y Colombia los países más destacados (figura 5).



CONCLUSIÓN

¿Qué se puede concluir de toda esta información y todos estos datos? Las personas con VIH en España están todavía muy lejos de alcanzar los objetivos señalados en el denominado Cuarto 90. Aunque son titulares de todos los derechos y libertades que están reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, persisten barreras institucionales, normativas (leyes y protocolos internos) y actitudinales que impiden que las personas con VIH disfruten los derechos en igualdad de condiciones, con igualdad de oportunidades y, por supuesto, con igualdad de resultados. Los determinantes sociales, éticos y legales de la salud siguen incidiendo negativamente en las personas con VIH. Aunque ha habido avances a lo largo del período de 12 meses analizado, estos avances se han debido más a la inercia que al pleno desarrollo de las medidas incluidas en el Pacto Social. A través de las consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, que se ha convertido en un lugar de referencia en España y en América Latina para que las personas con VIH resuelvan sus dudas legales, pueden observarse las diversas tendencias de problemas que afectan a este grupo de personas.

Financiado por:



CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27
28221 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH