



Universidad  
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

GUPO INVESTIGACIÓN DECADE  
CLÍNICA LEGAL

# ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS RECIBIDAS EN LA CLÍNICA LEGAL CESIDA/UAH EN 2022

**Miguel Ángel Ramiro Avilés**  
**Paulina Ramírez Carvajal**  
**Berta Martín Jiménez**  
**Marilena Alina Nastasache**

Grupo de Investigación 'Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos' (DECADE)

Universidad de Alcalá

## INTRODUCCIÓN: 10 AÑOS DE CLÍNICA LEGAL

La Clínica Legal organizada conjuntamente por CESIDA y la Universidad de Alcalá (UAH) ha cumplido 10 años en 2022. Este proyecto se puso en marcha en el curso académico 2012-2013, año en el que se recibieron 27 consultas. Desde entonces han sido 2.061 consultas las recibidas y estudiadas por los estudiantes de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, y supervisadas y tutorizadas por la parte del personal docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá que colabora con la Clínica Legal y pertenece al Grupo de Investigación ‘Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos’.

Como ya hemos subrayado en otros informes y publicaciones, una clínica legal es un método de enseñanza superior del Derecho que está basado en un aprendizaje activo y crítico a través de casos reales con interés social o comunitario para iniciar a los y las estudiantes en la práctica profesional socialmente responsable mediante la supervisión del personal docente de la Facultad de Derecho, de profesionales de la abogacía o de otros agentes sociales. La clínica legal permite que se desarrolle en los estudios universitarios superiores una forma de aprendizaje del Derecho que facilita que los y las estudiantes se metan en el rol de profesional de la abogacía; apliquen principios deontológicos; desarrollen habilidades profesionales, como la búsqueda y sistematización de información compleja y el análisis de las dimensiones jurídicas y extrajurídicas de unos hechos, así como de otras habilidades instrumentales como el trabajo colaborativo y el trabajo en entornos multidisciplinares e interculturales; y aprendan de su propia experiencia, consiguiendo que en el futuro tengan mayor habilidad para representar a sus clientes. Al mismo tiempo, la clínica legal presta un servicio a la comunidad al (pre)ocuparse críticamente por la dimensión legal de los problemas que la atenazan. Este método permite a los y las estudiantes formarse como persona incluso antes que como operador legal y desarrollar un punto de vista crítico y creativo en el análisis de problemas.

Por lo tanto, la clínica legal conjuga, por un lado, una pedagogía de enseñanza del Derecho a través de la práctica y, por otro, un programa de acción y una filosofía basada en la justicia social al ocuparse de asuntos reales de interés social, a través de los

cuales pretende conseguir una sociedad más igualitaria. Se produce una simbiosis entre la función social y la función educativa que se manifiesta con la mejora de los conocimientos adquiridos por parte de los y las estudiantes universitarios mediante una práctica interactiva entre la Universidad, las entidades sociales y públicas y los sectores sociales en situación o riesgo de exclusión.

Una clínica legal especializada en los derechos de las personas con VIH se justifica porque éstas todavía se enfrentan a numerosos problemas sociales y jurídicos. En el caso del VIH, la lucha contra la epidemia debe hacerse a través de la Ciencia y la Medicina para prevenir y tratar el VIH, y a través de la Ética y el Derecho para evitar la injusticia social. Esta lucha ha tenido mejores resultados en un campo que en el otro pues a pesar de los avances en el ámbito médico (la infección por VIH ya no afecta drásticamente a la calidad y a la esperanza de vida de las personas), la sociedad no ha evolucionado con el mismo grado y se sigue estigmatizando y discriminando a este colectivo.

En España, a pesar de contar con una buena base en la Constitución, las personas con VIH siguen percibiendo que no disfrutan de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Así, aunque son titulares de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, siguen viendo como sufren limitaciones injustificadas y siguen siendo discriminadas por razón de su estado serológico. Esta discriminación se produce tanto en el contexto familiar o comunitario, plasmada en actitudes y comportamientos serofóbicos, como en el contexto institucional, plasmada en políticas y prácticas institucionales o en la falta de políticas antidiscriminatorias o de procedimientos de reparación.

La protección de los derechos de este colectivo de personas es imprescindible para garantizar su dignidad, identidad, libertad e igualdad en el disfrute de los derechos, así como para mejorar su percepción sobre su estado de salud. El acceso a la justicia es uno de los determinantes sociales de la salud, que son todos aquellos factores sociales (condiciones de empleo, exclusión social, políticas de salud pública, desigualdades entre hombres y mujeres) responsables de las desigualdades en salud. Así, cuando las personas experimentan situaciones de discriminación, de exclusión social, de

inseguridad en el empleo pues no quieren que se conozca que tienen VIH, su salud se ve afectada negativamente.

La discriminación por estado serológico a la que deben enfrentarse diariamente las personas con VIH afecta a los resultados en salud pues se ha demostrado que en aquellos países en los que se han adoptado medidas normativas que protegen de forma efectiva a las personas con VIH de la discriminación, aumenta el número de personas que conocen su estado serológico, lo cual permite que inicien el tratamiento antirretroviral antes, y, en segundo lugar, aumenta el número de personas que tienen la carga viral indetectable, lo cual permite que se reduzca la carga viral comunitaria y el número de nuevas infecciones ya que una persona con la carga viral indetectable no transmite el virus aunque mantenga relaciones sexuales sin preservativo (indetectable = intransmisible). Esto supone que se podría reducir el impacto de la epidemia si los determinantes legales de la salud fueran los adecuados porque las enfermedades no sólo están condicionadas por factores biológicos. A pesar de los avances normativos que ha habido en España desde 2018, fecha en que se aprueba el Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato asociada al VIH, las personas que viven con el VIH siguen sin poder disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas pues son excluidas de determinadas profesiones, se les deniega el acceso a determinados servicios, se les impide la contratación de determinados seguros, o se les excluye de la vida social y política.

A través de este proyecto se ha demostrado que las personas con VIH, dado el estigma y la discriminación que experimentan en su vida cotidiana, necesitan un espacio en el que puedan confiar a la hora de consultar sus dudas legales, con total confidencialidad y anonimato, para que sus resultados en salud puedan mejorar. Por otro lado, la Clínica Legal ha desarrollado una especialización única en España, convirtiéndose en un observatorio único sobre la situación de los derechos de las personas con VIH. Por otro lado, la Clínica Legal, especializada en el asesoramiento y la alfabetización legal de las personas con VIH, es uno de esos instrumentos que Naciones Unidas, en su Declaración Política sobre el VIH y el Sida de 2021 que tiene como título ‘Acabar con las desigualdades y estar en condiciones de poner fin al Sida para 2020, como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En el punto 65, letra d, de la mencionada Declaración se indica que debe fomentarse la participación de las

personas con VIH garantizando su acceso a la justicia mediante la puesta en marcha de programas de conocimientos básicos de Derecho, un mayor acceso a la asistencia y a la representación letradas y el aumento de la capacitación para sensibilizar, inter alia, a los trabajadores sanitarios. En ese sentido, es muy significativo que el último informe de ONUSIDA, publicado en diciembre de 2022 con motivo del día mundial, lleve como título *Dangerous Inequalities* y afirme que las desigualdades están impidiendo acabar con el VIH/Sida, recalando al necesidad de que las personas que viven con el VIH tengan acceso a servicios legales relacionados con el VIH y que haya programas de educación en derechos.

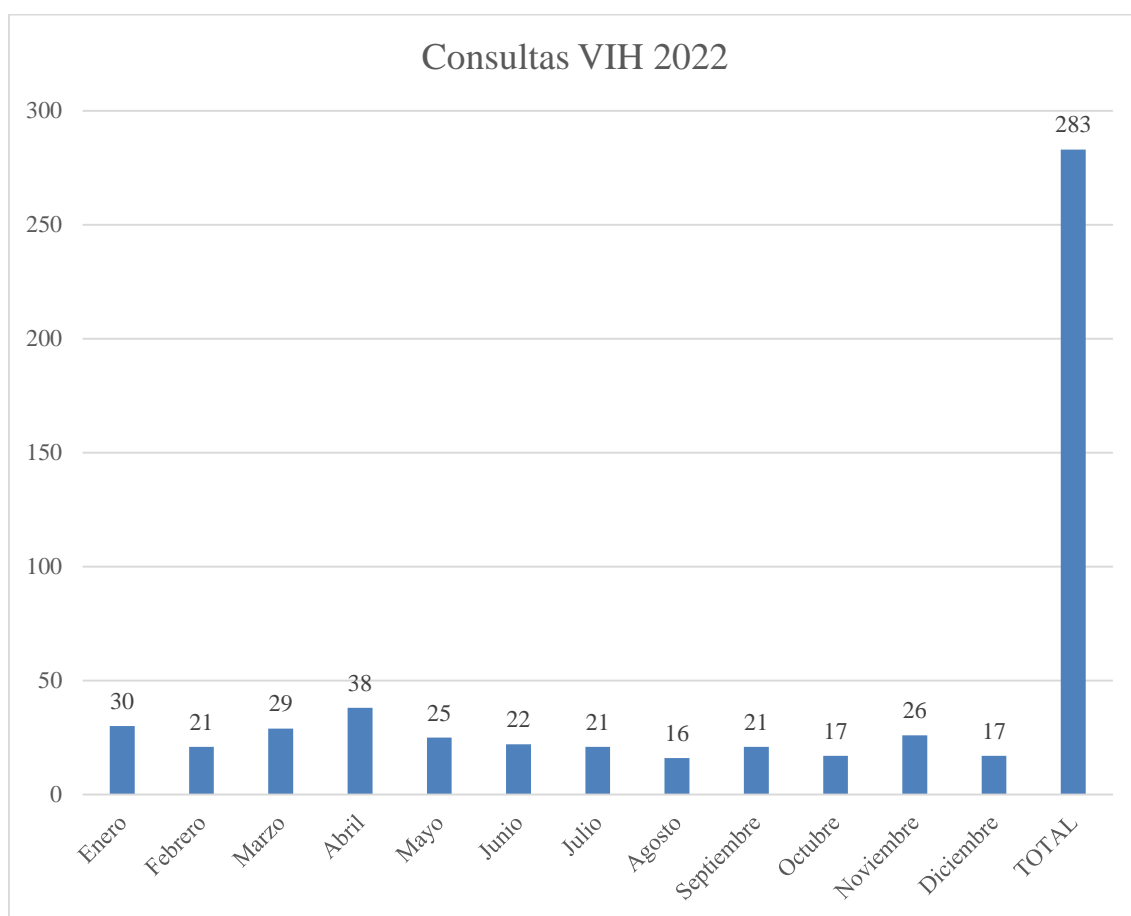
Este proyecto es un servicio que trata de satisfacer una necesidad social, fortalecer una relación social entre la Universidad y las asociaciones que representan los intereses de las personas con VIH (tercer sector) y trata de completar o de mejorar los resultados obtenidos por los servicios de orientación jurídica, el turno de oficio y la asistencia jurídica ofrecidos por los Colegios de Abogados. Por otro lado, mejora el bienestar humano ya que contribuye a obtener unos mejores resultados en salud con la información sobre derechos. No sólo es bueno para la sociedad sino que además mejora la capacidad de actuación de las personas pues disponen de más información comprensible para reclamar derechos, acceder a servicios básico en igualdad de condiciones.

A través de la Clínica Legal de la UAH se ha abordado un nuevo enfoque de la respuesta al VIH porque en España dominaba la respuesta médico-rehabilitadora, no la respuesta basada en derechos. De ahí que en las últimas guías clínicas sobre el VIH y documentos de consenso se haya incluido un capítulo sobre aspectos éticos y legales. Con este proyecto se pretende obtener un cambio social dada su extra de motivación basado en la búsqueda de la justicia social. Por último, en este proyecto se superponen e interactúan diversas tendencias en innovación social, como son la demográfica (dado el envejecimiento de las personas con VIH), la comunitaria (dado que propone soluciones basada en derechos para los problemas de la sociedad digital), la de salud y bienestar (dado que influye en los resultados de salud y disminuye la desigualdad en salud), y, por último, la tendencia basada en la creación de un bien y servicio ético (dado que la principal preocupación de la clínica legal es procurar información legal de forma

gratuita para reducir la discriminación a la que se enfrentan diariamente las personas con VIH en España).

## RESULTADOS

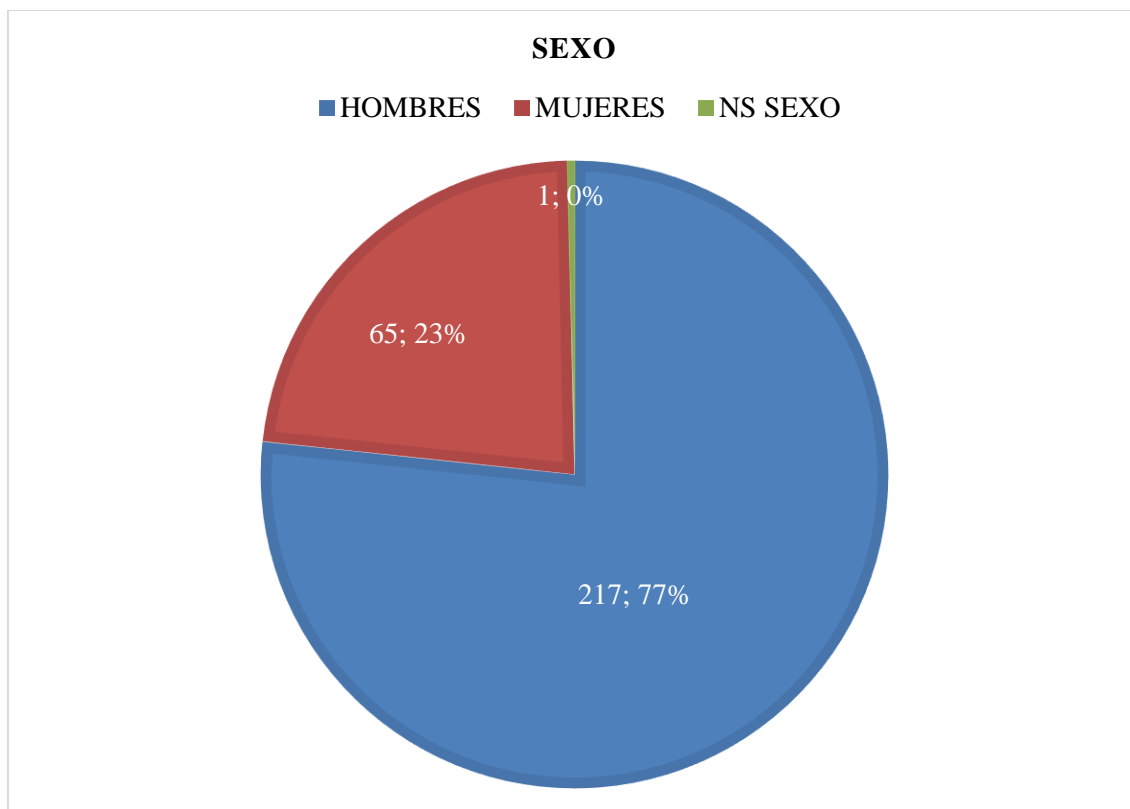
En 2022, se han recibido en los buzones de correo electrónico habilitados en CESIDA ([clinicalegal@cesida.org](mailto:clinicalegal@cesida.org)) y en la Universidad de Alcalá ([clinicalegal@uah.es](mailto:clinicalegal@uah.es)) un total de 283 consultas, repartidas mes a mes como se muestra en el siguiente gráfico



La gráfica muestra que el flujo de consultas es constante durante todo el año pues hasta en los meses de agosto y diciembre se recibe una consulta cada 48 horas. La actividad de la Clínica Legal no se para, aunque sí se ralentiza, durante los períodos vacacionales gracias a la fidelidad y compromiso de los estudiantes de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la UAH. En 2022 participaron a lo largo de todo el año un total de 61 estudiantes, siendo 43 mujeres y 18 hombres. En todo caso, es preciso resaltar que

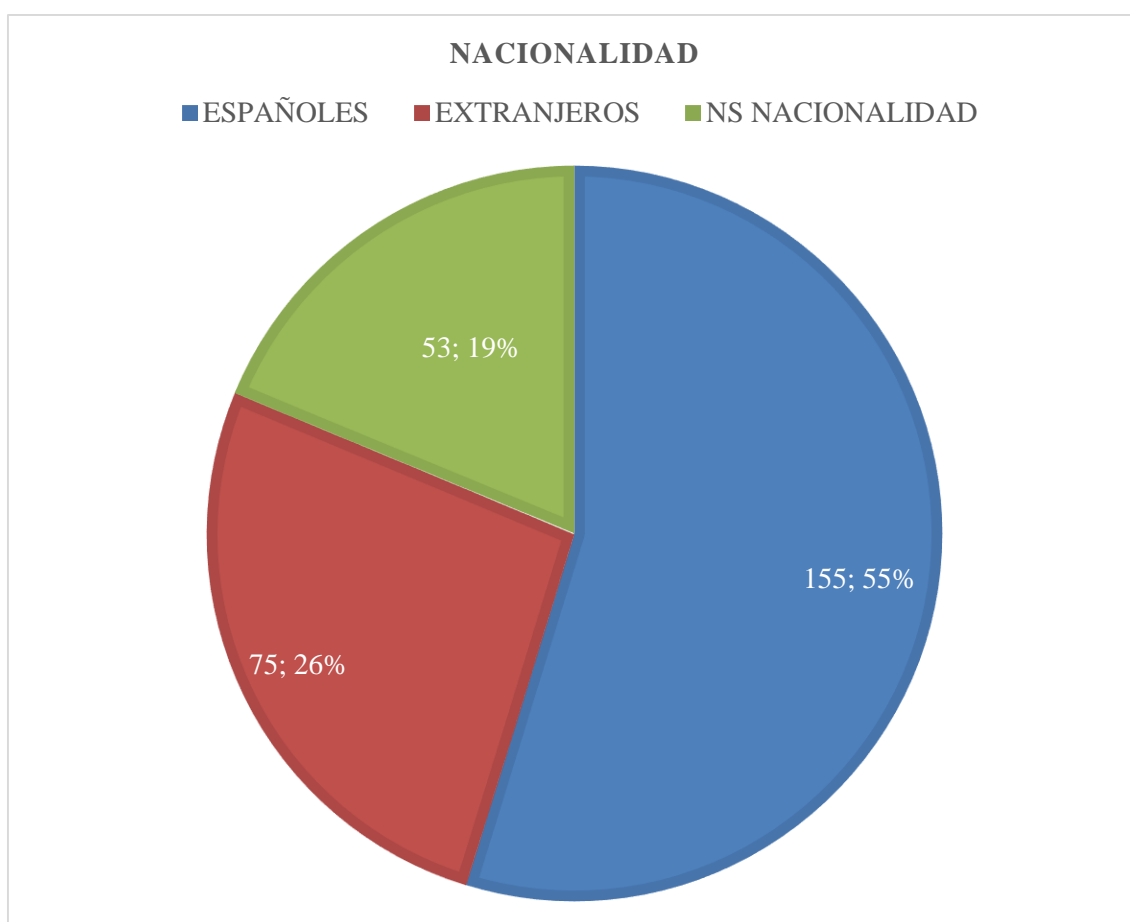
ha habido un descenso (13%) respecto a 2021 pues en ese año se recibieron 325 consultas.

Por lo que respecta al análisis de las consultas, las personas que consultan son mayoritariamente hombres (77%), lo que concuerda con los datos epidemiológicos del VIH en España pues esta condición de salud está muy masculinizada.

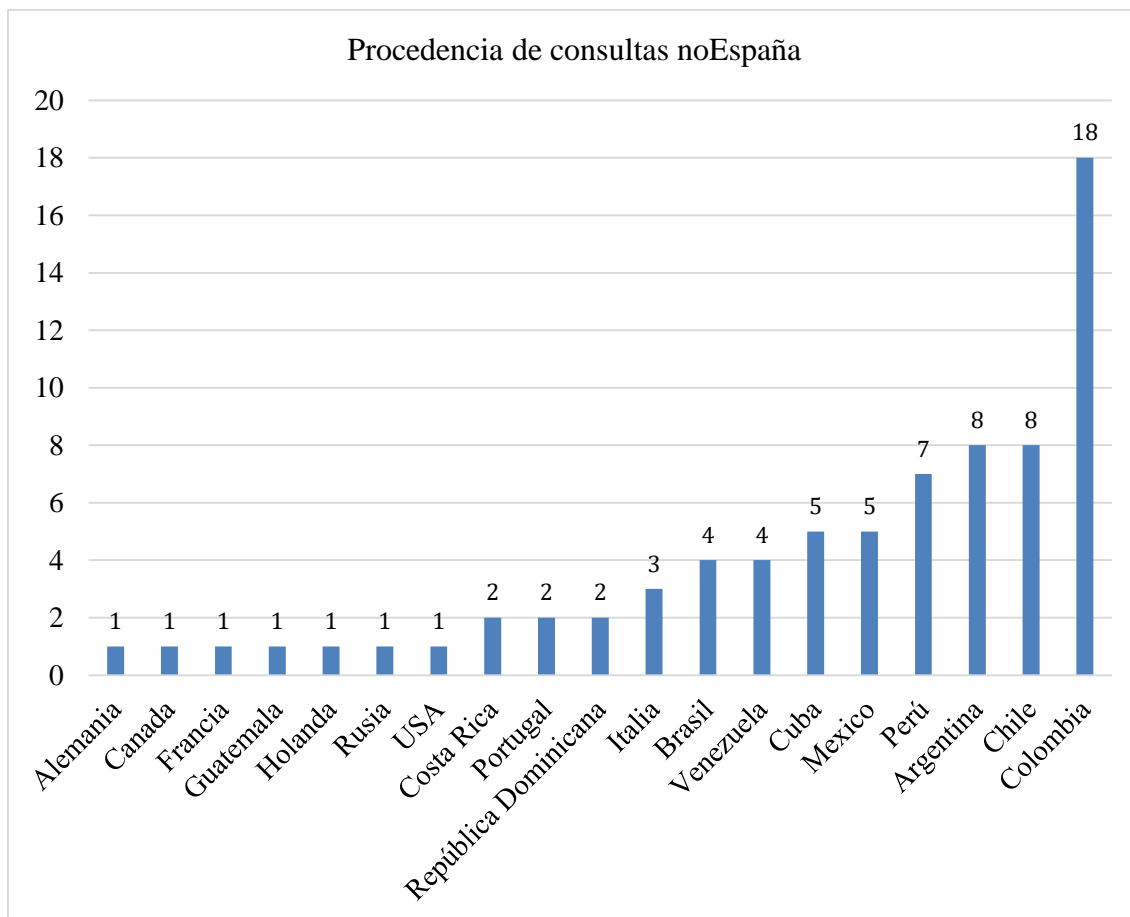


La identificación del sexo de las personas que usan los servicios de la Clínica Legal se ha realizado a través de los nombres que figuran en la firma de los correos electrónicos o de los nombres que aparecen en las cuentas de correo electrónico. Sólo en un caso no fue posible identificar si se trataba de un hombre o de una mujer. No es un dato que suele preguntarse a las personas que utilizan los servicios de la Clínica Legal ya que no es normativamente relevante en los temas sobre los que se tratan los asuntos estudiados. Esto impide saber qué número de personas transexuales utilizan los servicios de la Clínica Legal.

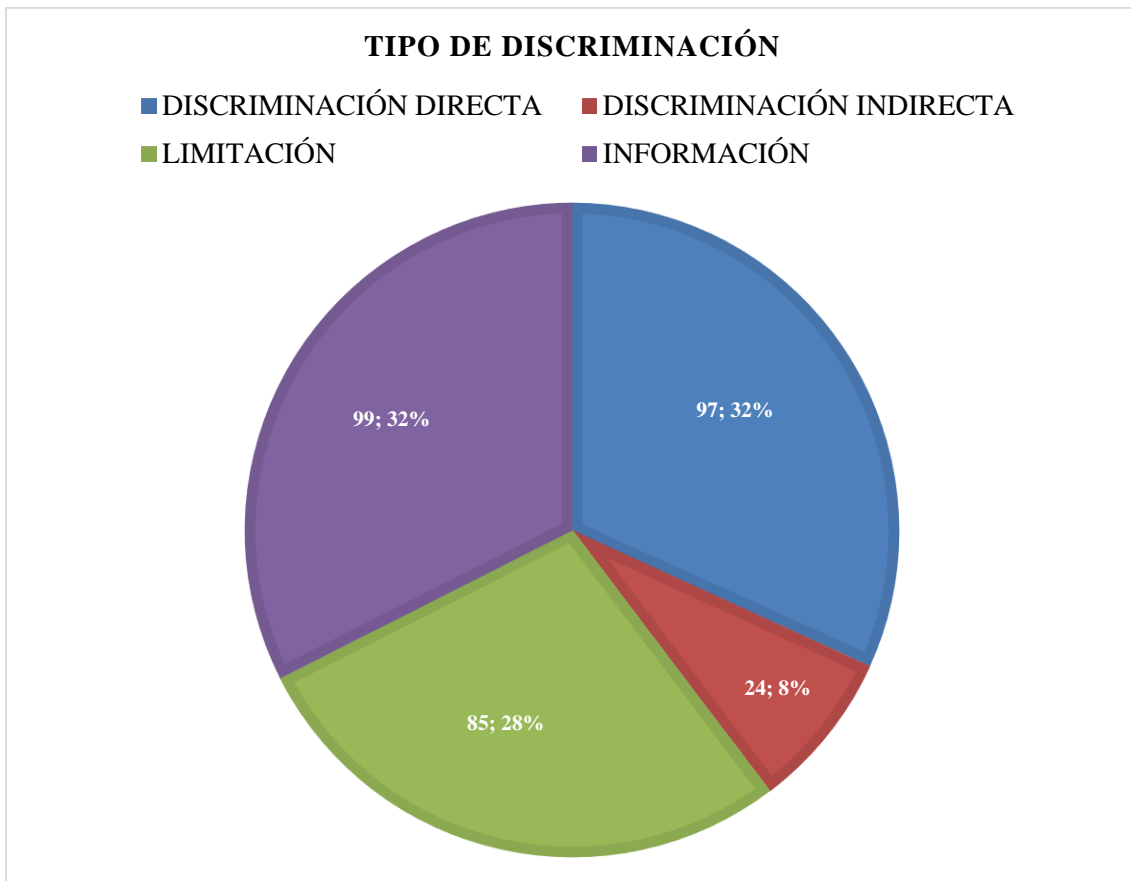
Respecto a la nacionalidad de las personas que utilizan los servicios de la Clínica Legal, la mayoría tiene nacionalidad española (55%) aunque es muy destacable el impacto que tiene la Clínica Legal en los países de hispanohablantes pues hemos podido localizar 60 consultas provenientes de Colombia (18), Chile (8), Argentina (8), Perú (7), México (5), Cuba (4), Venezuela (4), República Dominicana (2), Costa Rica (2) y Guatemala (1). Es muy significativo el número de casos (53) en los que no hemos podido identificar la nacionalidad de las personas que consultaban. Esto puede deberse a que no han contestado a la pregunta sobre la misma cuando sí era un dato normativamente relevante o a que no les hemos preguntado porque no era normativamente relevante. La nacionalidad y los países de procedencia se reparten según los siguientes gráficos.







Por lo que respecta a un análisis material de las consultas, las principales temáticas han sido el acceso a la contratación de seguros privados, ya sean de salud o de vida; el acceso al tratamiento antirretroviral por parte de migrantes con diferentes situaciones administrativas; el acceso a servicios ofertados al público, en especial servicios de clínicas estéticas. Por último, en el análisis interno de las consultas hemos seguido encontrando que en la mayoría de los casos las personas con VIH viven en España situaciones de discriminación, ya sea directa o indirecta, o de limitación de sus derechos fundamentales o de sus derechos humanos. A diferencia de los dos últimos años, no hemos identificado ningún caso de discriminación por asociación. La distribución de los casos se observa en el siguiente gráfico.



Entendemos que se produce un caso de discriminación por razón del estado serológico cuando se trata de forma diferente y desfavorable a una persona con VIH, que se sospecha que puede estar infectada con VIH, que está en riesgo de infectarse con VIH o que trabaja o convive habitualmente con personas con VIH, por razón de su condición serológica, la cual es irrelevante para los fines perseguidos. El principio de igualdad prohíbe dar un trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado entre la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación por asociación. La discriminación directa se produce cuando una disposición, criterio o práctica tiene en cuenta uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) para tratar a las personas que poseen esos rasgos de forma menos favorable que a otras en situación comparable. Existe discriminación directa cuando una persona con VIH es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por

motivo de o por razón de su condición serológica. Por otro parte, la discriminación indirecta se produciría cuando la aplicación de una disposición, criterio o práctica (aparentemente) formulada en términos neutros respecto a los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) pone a las personas que poseen esos rasgos en una situación de desventaja particular con respecto a otras en situación comparable. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición legal, aparentemente neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de su condición serológica respecto del VIH.

En la sentencia 79/2020, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional señala su oposición tanto a la discriminación directa como a la discriminación indirecta cuando afirma que «lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso».

En 2022 ha entrado en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que ha incluido el estado serológico como una razón por la que no se puede discriminar a una persona. Es una razón específica y diferenciada de la enfermedad y de la discapacidad. El estado serológico se trata de forma específica y diferenciada porque una persona que en un análisis serológico haya obtenido un resultado positivo frente a un agente infeccioso o microorganismo patógeno puede que ni esté enferma ni tenga una deficiencia física, sensorial, intelectual o mental. La discriminación por razón del estado serológico puede producirse tanto si la infección está activa como si ya se ha superado.

La discriminación por razón del estado serológico es sofisticada porque ya no se produce el trato diferenciado por la apariencia física, por las ideas políticas o por el credo religioso sino por los resultados, o la atribución de unos resultados, en un estudio químico y bioquímico del suero sanguíneo. Al igual que ocurre con la ‘predisposición

genética', se requiere de la técnica para discriminar porque hay que recurrir a una prueba médica muy específica para la que, antes de realizarla, hay que obtener el consentimiento informado, muy especialmente si la prueba médica va a aportar datos que puedan provocar un reproche social.

A partir del momento en que se conoce la seropositividad, se produce un juicio de valor social negativo, se genera un reproche, dando lugar a prejuicios y estereotipos hacia las personas con VIH que desemboca en el estigma social. Esto conlleva que a las personas que viven con el VIH se les atribuya una peligrosidad que justifica la limitación de sus derechos y los tratos diferenciados.

### **CONSULTAS MÁS RELEVANTES EN 2022**

A continuación incluimos las que consideramos han sido las consultas más relevantes a lo largo de 2022. A través de ellas se puede comprobar que, a pesar de los avances en la prevención y el tratamiento, el VIH obliga a hacer una reflexión sobre el impacto en los derechos de las personas que viven con ese estado serológico. Tanto el sistema jurídico español como las actitudes y comportamientos hacia las personas con VIH constituyen barreras, institucionales y normativas unas o actitudinales otras, que impiden el disfrute de derechos en igualdad de condiciones.

Comenzamos con un problema que no es jurídico sino social pero que también atenaza a las personas con VIH que han solicitado protección internacional en España. Se trata de la falta de ayudas sociales (...)

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

-. El usuario es cubano con residencia temporal en España con tarjeta roja vigente y solicitante de asilo. Debido a su situación económica necesita tener acceso algún tipo de ayuda económica.

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

-.

### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

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. Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 3 de diciembre de 2013, núm, 289

Artículo 1. Objeto de la ley

Artículo 4. Titulares de los derechos

-. España. Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado de 26 de enero de 2000*, núm. 22

Normas para la valoración de la discapacidad en caso de infecciones por VIH.

-. España. Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado de 21 de diciembre de 2021*, núm. 304

-. Comunidad Valencia. Ley 19/2017 de 20 de diciembre, de la Generalitat de renta valencia de inclusión. Publicada en el *Boletín Oficial de la Generalitat Valenciana de 22 de diciembre*, núm. 8196

-. Comunidad Valenciana. Real Decreto 60/2018 de 11 de mayor, del Consell por el que se desarrolla la Ley 19/2017 de 20 de octubre de la Generalitat de renta valenciana de inclusión. Publicado en el *Boletín Oficial de la Generalitat Valenciana de 5 de junio* núm. 8310

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

-.

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

-.

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

-.

#### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario, antes de nada, le queríamos agradecer su confianza en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, su consulta nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

En primer lugar, queremos comunicarle que tener VIH no facilita el acceso al Ingreso Mínimo Vital (en adelante IMV), los requisitos y obligaciones que se exigen a los beneficiarios son económicos, siendo el estado de salud del solicitante una característica que no se estudia a la hora de la concesión.

En las próximas líneas intentaremos ofrecerle información sobre las diferentes ayudas a las que usted puede acceder, sin olvidar que es posible que en su localidad pueda acceder a ayudas locales o autonómicas diferentes.

### INGRESO MÍNIMO VITAL

Para ser beneficiario del IMV tiene que encontrarse dentro de una determinada situación personal y económica:

#### Beneficiarios individuales

*Menores de 23 años* que no se encuentren integrados en una unidad de convivencia, siempre que no estén casados, no se encuentre unido como pareja de hecho o no formen parte de otra unidad de convivencia.

*Personas entre 23 y 29 años*, es necesario haber tenido residencia legal y efectiva en España y haber vivido de forma independiente durante al menos dos años anteriores a la solicitud.

*Personas de más de 30 años*, tendrán que acreditar que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de solicitud del IMV ha vivido en un domicilio diferente al de sus progenitores.

#### Unidad de convivencia

La unidad de convivencia está formada por todas las personas que viven en un mismo domicilio y unidad a través del vínculo matrimonial, pareja de hecho o por otro vínculo de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, adopción.

En los casos en los que conviva en un mismo domicilio diferentes personas entre las que no concurren los vínculos de parentesco indicados, podrán ser titulares del IMV aquellas personas que se encuentren en riesgo de exclusión social, situación que deberá acreditarse a través de los servicios sociales.

#### Requisitos

Para poder tener acceso al IMV es necesario tener residencia en España continuada e ininterrumpida de al menos un año.

Se determinará la vulnerabilidad económica del solicitante, se toma en consideración la capacidad económica de la persona solicitante individual o de la unidad de convivencia, computando los recursos de todos sus miembros. Este requisito se cumple cuando el promedio mensual de ingresos y rentas anuales computables en el ejercicio anterior sea inferior a 10 euros a la cuantía mensual garantizada por el IMV que le correspondiera según su situación.

#### Acreditación de requisitos

Tendrá que acreditar su identidad mediante el Documento Nacional de Identidad de su país de origen o de procedencia, o la tarjeta de identificación de extranjeros, o el pasaporte o el NIE.

La residencia legal en España la acreditará a través de la autorización de residencia o cualquier otra de sus modalidades. Para acreditar su domicilio necesitará el certificado de empadronamiento. En caso de existir unidad de convivencia o pareja de hecho deberá de acreditarlo a través del libro de familia o la certificación de la inscripción en el registro específico. Cualquiera de los demás requisitos exigidos deberá de acreditarse a través de la documentación oficial exigible en cada caso.

### Cuantía

La cuantía que percibirá dependerá de la situación del beneficiario, en el caso de beneficiarios individuales en 2022 la renta será de 491,63 euros al mes.

A nivel estatal no hay muchas más ayudas que el IMV, pero como norma general, tanto a nivel autonómico como local la Administración suele poner a disposición de sus ciudadanos diferentes tipos de ayudas económicas, en el caso de la Comunidad de Madrid, dispone la Renta Mínima de Inserción, en el caso de la Comunidad Valenciana la Renta de garantía de inclusión social.

Para poder conocer y acceder a las ayudas que están a su disposición, puede dirigirse a las oficinas de los Servicios Sociales de su municipio. A través de este servicio usted podrá tener más información sobre las ayudas económicas a las que tiene derecho.

Para finalizar y a modo de conclusión, en España para tener acceso a determinadas ayudas como consecuencia de su situación de salud es necesario tener reconocido un grado de discapacidad de al menos el 33%.

El VIH no supone un reconocimiento del grado de discapacidad, gracias a los avances médicos de los últimos años, se ha reducido drásticamente los episodios graves de enfermedades relacionadas con el VIH llegando a ser indetectable la carga viral. Por tanto, no se justifica que el simple diagnóstico de VIH pudiera conllevar aun grado de discapacidad.

Esta nueva situación médica ha llevado al legislador a eliminar el diagnóstico de VIH como un motivo para acceder a una discapacidad del 33%. En la actualidad, el reconocimiento del grado de discapacidad por VIH dependerá por ejemplo, del recuento de CD4, las dolencias que tengan en relación con la inmunodeficiencia o los ingresos hospitalarios provocados por el VIH. Es decir, la valoración para conceder una discapacidad a una persona con VIH se realiza evaluando por una parte por la afección concreta en combinación con el VIH.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

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

- Profesional de la salud se plantea las siguientes preguntas:

1. Uno de sus pacientes es “trabajador del sexo”, ¿Es denunciable la situación, con base en el riesgo al que expone a sus clientes?
2. Sobre sus pacientes seropositivos que lo ocultan a sus parejas, ¿Es su deber preguntar acerca del método anticonceptivo utilizado? ¿Existe algún organismo oficial que proteja a las parejas que desconocen la situación? ¿Hay forma de denunciarlo?

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- Unión Europea:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403. Artículo 8. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>

- Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos. Diario de la Unión Europea, L 119/89, de 5 de mayo de 2016. Artículo 10. Disponible: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>

- España:

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre 1978. Artículo 18.1. Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículos 149 y 152. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

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



diciembre de 2018. Artículo 1.4 y 9.4. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

-. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Artículos 259 y ss., y 270 y ss. Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con)

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

-. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22009/93. Caso Z contra Finlandia. 3. Conclusión apartado C. 1, 2 y 3.

-. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 52019/07. Caso L.H. contra Letonia, Sentencia de 29 de abril de 2014, apdo. 56.

-. Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1999-17663.pdf>

-. Tribunal Constitucional, sentencia 134/1999, de 15 de julio, FJ 5. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1989-4935.pdf>

-. Tribunal Supremo, sala segunda. Recurso de Casación núm. 1938/2010, sentencia número 528/2011 de 6 de junio de 2011

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

-. Ministerio de Sanidad, consumo y bienestar social. Gobierno de España (marzo, 1998). Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC) 2ª edición.

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

-. Santiago Mir Puig e Iván Navas Mondaca (2011). Anuario de derecho y ciencias penales publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sección de jurisprudencia, Comentarios a la jurisprudencia penal, capítulo “Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción”, páginas 324-340.

-. Marcos Ayjón, Miguel, 2020. La protección de datos de carácter personal en la justicia penal, páginas 51-159.

## **Respuesta fundamentada**

Estimada usuaria,

Le agradecemos que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Universidad

de Alcalá para resolver sus dudas, pues el estudio de su caso me permite completar mi formación como abogado. Su consulta plantea varias cuestiones:

1. ¿Es denunciable la situación de un trabajador del sexo por exposición al riesgo de transmisión a sus clientes?
2. Sobre los pacientes seropositivos que no desvelan su estado de salud, ¿Debe un profesional sanitario preguntar acerca del método anticonceptivo que utilizan? ¿Existe algún organismo oficial que proteja a las parejas que desconocen el estado de su pareja? ¿Hay forma de denunciarlo?

Para contestar a sus preguntas, la ficha se organizará de la siguiente forma:

1. La exposición al riesgo de transmisión, ¿Es denunciable?
2. La denuncia de los hechos

#### Información práctica sobre la denuncia de los hechos

3. El deber deontológico de cuidado al paciente
4. El derecho a la intimidad y sus límites
5. Conclusión

### **1.La exposición al riesgo de transmisión**

En los primeros años de la pandemia del VIH, el diagnóstico solía ser de naturaleza letal y se conocía muy poco sobre el riesgo de transmisión. Por ello, la gente se asustaba de las personas seropositivas por miedo a la transmisión.

En la actualidad, existe un gran progreso en la prevención del VIH y en el acceso al tratamiento efectivo. Sin embargo, la estigmatización y la discriminación contra las personas con VIH sigue presente.

Las personas seropositivas encuentran barreras sociales en muchos ámbitos tras darse a conocer su estado serológico. Se conocen muchos casos sobre despidos laborales nulos a raíz de este estigma (p.ej., I.B. contra Gracia o I. contra Finlandia), o rechazo en el ámbito de las relaciones personales.

Esta clase de obstáculos es fruto del desconocimiento, puesto que existen evidencias científicas del éxito del tratamiento como prevención.

En el caso que plantea sobre el trabajador del sexo con VIH, existe una regla nemotécnica al respecto de las relaciones sexuales: “indetectable=intransmisible” (I=I). Significa que, si una persona que vive con el VIH permanece indetectable durante seis meses o más mientras está en tratamiento, no puede transmitir el VIH a través del sexo, incluso ante una situación de riesgo como la rotura del preservativo.

Las situaciones de riesgo son aquellas en las que una persona seropositiva no tiene la carga viral suprimida y por tanto existe probabilidad de transmisión. Es importante saber que en los estudios PARTNER se afirma que con cargas virales inferiores a 200 copias/ml es muy poco probable la transmisión. De hecho, el riesgo de transmisión con dicha carga viral es de 0,3%.

En resumen, la transmisión es posible, pero muy poco probable. Más aún, como se ha

mencionado, no existe riesgo de transmisión si se mantiene la carga viral indetectable durante 6 meses.

## **2. La denuncia de los hechos**

En respuesta a su pregunta, las leyes y los tribunales españoles castigan las acciones que como resultado causen lesiones a terceras personas. Es decir, se trata de un delito de resultado, por lo que es imprescindible transmitir el VIH a una tercera persona.

En este punto, debe abrirse un breve paréntesis en referencia a la existencia de consentimiento en la relación sexual en cuanto a una posible situación riesgosa.

Para que se dé una situación de riesgo, se requieren dos elementos. En primer lugar, que ocurra un hecho riesgoso como por ejemplo la rotura del preservativo o tener relaciones sin protección (no poner los medios adecuados para evitar la transmisión). En segundo lugar, que la persona con carga viral positiva no tenga esta última suprimida.

Sólo si coexisten estos dos elementos habrá alguna posibilidad y probabilidad de transmisión para la otra persona. Entonces, se debe avisar a la persona o personas implicadas de la existencia del riesgo.

De esta forma, los implicados tendrán un adecuado conocimiento del riesgo y se podrá consentir la relación. Si la relación se consiente de manera informada, no habrá responsabilidad penal alguna. Es lo que se conoce como la heteropuesta en peligro, es decir, una persona asume el riesgo de sufrir un daño por una acción creada por una tercera persona.

También, cuando se de el caso de rotura de preservativo, y cuando la carga viral no esté suprimida, la persona debe comunicar su estado serológico para que se puedan tomar las medidas profilácticas post exposición para evitar la transmisión.

Cerrado el paréntesis, por tanto, para que exista responsabilidad penal, no se debe de haber informado del estado serológico antes o después de darse una situación de riesgo.

Dicha responsabilidad penal se materializa en la comisión del delito de lesiones del artículo 149 CP, por la transmisión efectiva del VIH. En caso de que la transmisión sea intencionada, se trataría de un delito doloso. En cambio, si no es intencionada, podría ser un delito imprudente por haberse previsto que existía un riesgo y se confiaba en que no ocurriría, tipificado en el artículo 152 CP. También existe responsabilidad penal cuando la persona con VIH sabe que hay situación de riesgo (altas probabilidades de transmisión) y lleva a cabo la acción, omitiendo informar a la otra persona y aceptando la persona con VIH que pueda suceder la transmisión (STS 1218/2011). Ello se conoce como dolo eventual.

Además de la responsabilidad penal, la transmisión del VIH también podría conllevar responsabilidad civil. Se distinguen dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil derivada de delito.

La responsabilidad civil extracontractual conlleva indemnizar a la persona afectada por tercero a causa del daño material, psicológico o moral. No es necesaria la existencia de un contrato entre las partes, por ello se denomina extracontractual. Para hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual, tiene la posibilidad de, en virtud del artículo 249.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interponer una demanda (o acción) bajo la

tutela del artículo 1089 del Código Civil y las correspondientes normas de valoración del daño. La estimación de la demanda se decidirá en juicio ordinario. Por lo general, es necesaria la intervención de abogado (art. 31 LEC).

Respecto a la responsabilidad civil derivada de delito, puede incluirse una acción civil junto a la querrela presentada y, si es procedente, el tribunal que conozca el asunto se pronunciará sobre la misma en la sentencia. Por otro lado, también puede iniciarse un procedimiento civil de forma separada, al igual que la vía de la responsabilidad civil extracontractual.

En conclusión, sólo será denunciable la situación en la cual la persona no tiene la carga viral suprimida y mantiene una relación sexual, con omisión de información, sin emplear las medidas necesarias para evitar la transmisión. Ello podría constituir una conducta imprudente a la luz del delito de lesiones del artículo 152 CP o dolosa por el 149 CP.

### **Información práctica sobre la denuncia de los hechos**

Se establece el artículo 262 LECrim que, por razón de sus profesiones, los que tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, Tribunal o Juez que corresponda, o, en su defecto, a la policía cuando se trate de un delito flagrante. Si no se cumple con la obligación, se impondrá falta disciplinaria.

Más aún, en el artículo 62.9 del Código Deontológico, se establece el principio por el cual se establece que, si en el curso de actuación, el médico perito descubriera algún hecho o circunstancia que conlleve un riesgo importante para la vida o salud del paciente o de terceros deberá comunicarlo en primer lugar al interesado y eventualmente a la autoridad que corresponda.

Como se indica en el artículo 262 LECrim, se le informa que puede denunciar los hechos ante el Ministerio Fiscal o el Juzgado de Primera Instancia. La denuncia (artículos 259-269 LECrim) es una declaración de los hechos ocurridos, que pueden ser constitutivos de delito, pero no recoge la voluntad de iniciar un procedimiento judicial, a diferencia de la querrela. Sin embargo, huelga mencionar que el procedimiento penal ante los hechos que declara no es el más adecuado.

Las pruebas para iniciar un procedimiento se basarían en datos de carácter personal porque se desvelaría la seropositividad del paciente. La protección de los datos de carácter personal se regula en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD). El derecho a la protección de la salud se incluye en las categorías especiales de datos del artículo 9 apartado tercero de la LOPDGDD. Los datos especiales se dotan de mayor protección y se acompañan de mayores garantías para su tratamiento.

Al respecto, destaca el caso Z contra Finlandia, STEDH de 25 de febrero de 1997. La recurrente y su entonces marido tenían VIH. El marido estaba acusado de una serie de agresiones sexuales y que había expuesto a sus víctimas al riesgo de infección de VIH. Durante el juicio oral, los médicos fueron obligados a desclasificar la información sobre el imputado y los expedientes médicos relativos al mismo, así como los de su

mujer.

El imputado fue declarado culpable y condenado a siete años de privación de libertad. La autoridad judicial ordenó que la sentencia y los documentos relativos al procedimiento penal permanecieran confidenciales durante 10 años. Al recurrirse, la sentencia de segunda instancia se puso a disposición de la prensa por este tribunal, y los detalles de la vida privada del imputado y de la entonces esposa fueron ampliamente conocidos.

El Tribunal consideró que el derecho del recurrente a su vida privada había sido afectado porque la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. La confidencialidad de los datos relativos a la salud se consideró crucial y debía prevalecer en relación con el respeto a la vida privada del paciente.

Otro ejemplo de protección de datos de salud es el caso L. H. contra Letonia, STEDH de 29 de abril de 2014. El asunto versa sobre la recopilación de datos e información relativa a la historia clínica de la recurrente de forma indiscriminada y sin estar informada del tratamiento que se iba a dar de sus datos personales. El respeto de la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital en los sistemas jurídicos de las partes contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La utilización como prueba de los datos sensibles del paciente puede suponer la apertura de un procedimiento sancionador por infracción muy grave, en virtud del artículo 72.e) de la LOPDGDD, competencia de la Agencia Española de Protección de Datos. Sin embargo, el derecho a la intimidad tiene unos límites. Ello se desarrollará en el tercer epígrafe.

### **3. El deber deontológico de cuidado al paciente**

Por otro lado, y en atención al Juramento Hipocrático, se establece entre sus principios que la salud será el objetivo prioritario del trabajo profesional. Por tanto, en principio quizá el método menos dañino para controlar la situación de su paciente sea reducir la carga viral mediante el tratamiento y de esta forma disminuir el riesgo de exposición.

Además, también será beneficioso informar al paciente sobre medidas de prevención en las relaciones sexuales, así como insistir en el deber de cuidado, esto es, poner todos los medios adecuados para evitar la transmisión. Ello figura en el artículo 25 del Código de Deontología Médica:

“1.- Todo médico, cualquiera que sea su actividad profesional, deberá atender también los aspectos preventivos y educativos. En la promoción de hábitos de vida saludable colaborará con las autoridades sanitarias, los medios de comunicación, las familias y las instituciones educativas.

2.- El médico debe ofrecer consejos leales y competentes al paciente para que éste asuma sus responsabilidades en materia de salud, incluyendo la higiene y la promoción de actividades preventivas de valor probado. Le informará del riesgo que ciertos hábitos pueden significar para su salud.

3.- (...)

4.- Los médicos tienen el deber de fomentar la educación sanitaria de los pacientes siendo ésta un componente importante de la práctica médica de calidad.”

#### 4. El derecho a la intimidad y sus límites

La persona VIH-positiva tiene el poder de decidir si comunicar o no su estado serológico. Esto es así porque son datos clínicos personales, protegidos por el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad es el derecho a estar solo, a no ser molestado y lo más importante, a que no se conozca la esfera íntima de nuestras vidas. El derecho a la intimidad se consagra en el artículo 18.1 CE. Los Tribunales españoles entienden que el derecho a la intimidad se refiere al derecho a poseer una intimidad, a tener vida privada, a disponer de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y a su familia. En otras palabras, la intimidad es un objeto propiedad de la persona.

Mediante el derecho a la intimidad se garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o la de su familia, pudiendo imponer a otras personas su voluntad de no dar a conocer dicha información (STC 134/1999, de 15 de julio, f.j. 5). Es decir, el individuo decide si transmitir sus datos y a quién transmitir esos datos. El individuo controla su información personal. Se trata de un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos.

Sin embargo, el derecho fundamental a la intimidad tiene sus límites. Estos límites, deben responder a una necesidad social imperiosa y ser adecuados y proporcionados para el logro de su propósito.

La delimitación del derecho a la intimidad se hace pues, en primer lugar y como se ha expresado, por el consentimiento del propio titular. De esta forma se apela al principio de autonomía de la voluntad.

La limitación es, en cambio, mediante habilitación legal. En otras palabras, que la situación limitativa del derecho a la intimidad se contemple en la Ley.

Además, el Tribunal Constitucional en la sentencia 70/2009, fundamento jurídico 3, reconoce que aunque la Constitución «no prevé expresamente la posibilidad de sacrificio legítimo de tal derecho (...) ello no significa que sea un derecho absoluto (...) Y es 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, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (...) A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida».

En este caso, habría que atender a la necesidad de desvelar el estado de salud de su paciente frente a la salud de las personas con quien mantenga relaciones sexuales, siempre que se trate de una situación de riesgo por no tener la carga viral suprimida y tampoco se utilicen las medidas de prevención universal.

Quizá, antes de incoar un proceso penal, lo idóneo sea reparar en el deber deontológico



de cuidado al paciente explicado en el epígrafe tercero.

## 5. Conclusión

Se destila, por tanto, un dilema bioético.

Por un lado, si el paciente no tiene la carga viral suprimida y tampoco emplea las medidas de prevención universal, podríamos encontrarnos ante un riesgo de transmisión. Ello conllevaría la comisión del tipo imprudente del delito de lesiones, e incluso, en forma de dolo eventual.

En atención al caso, como profesional sanitaria, está obligada por la Ley y las normas deontológicas a comunicar la situación a las autoridades.

Por otro lado, también como profesional sanitaria, está obligada a mantener la confidencialidad sobre los datos clínicos, que en este caso sería necesario comunicar para que el proceso penal o civil prosperara. Además, también pesan otros deberes deontológicos como el formativo y preventivo que, *a priori*, podrían resultar idóneos para acabar con esta situación. Más aún, y en relación con el deber de confidencialidad, al paciente le ampara el derecho fundamental a la intimidad, dado que se tratan de sus datos de salud, considerados de carácter sensible.

En consideración con ambas partes del dilema, cabría preguntarse si debe comunicarse la situación a las autoridades.

Con toda la información aportada y a modo de respuesta, quizá lo más recomendable sea:

1º En atención a los deberes deontológicos, cerciorarse de que la carga viral está suprimida y hacer todo cuanto esté en la mano profesional para que el paciente permanezca indetectable. Además, también es trascendental cumplir con el deber de formación y prevención de la transmisión del VIH.

De hecho, uno de los mecanismos de protección para la pareja desconocedora podría ser, como ya se ha referenciado, informar al paciente sobre medidas de prevención en las relaciones sexuales, así como hacer hincapié en el deber de cuidado, esto es, poner todos los medios adecuados para evitar la transmisión.

2º Si tiene constancia de la continuidad de los hechos, a pesar de seguir las instrucciones del primer paso, podría comunicar los hechos a las autoridades. Sin embargo, debe tener en cuenta que tratará con datos sensibles y se expone a faltas disciplinarias muy graves si el uso de dicha información no es idónea, adecuada y proporcional al fin que persigue.

Si necesita más información o aclaración de algún punto, no dude en contactar con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

**Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato)**

### **los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)**

- El usuario del servicio consulta acerca de las posibles limitaciones que pueda encontrar en el acceso a la profesión de celador por su condición de persona con VIH.

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

- Estimado usuario:

Nos hallamos resolviendo tu consulta. Para poder ofrecer una información más precisa, necesitaríamos conocer la institución que convoca la oposición a la que te vayas a presentar, dado que habría que conocer los requisitos específicos del concurso, así como a efectos de una posible impugnación del mismo ante el organismo correspondiente.

Muchas gracias.

Un saludo.

### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
  - Art. 14.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
  - Art. 23.
- Constitución Española.
  - Art. 14.
  - Art. 18.1.
  - Art. 43.1 y 2.
  - Art. 103.3.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias.
  - Art. 2.2.
- Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
  - Art. 121.
  - Art. 122.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
  - Art. 22.
  - Art. 25.1.



- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

- Art. 55.
- Art. 56.
- Art. 61.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

- Art. 17.
- Art. 19.

- Orden del Ministerio de Trabajo, de 5 de julio de 1971, por la que se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

- Art. 14.2.

- Orden san/1161/2018, de 22 de octubre, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Celador, del Servicio de Salud de Castilla y León.

- Resolución de 22 de junio de 2021, de la directora general de Recursos Humanos, por la que se convoca concurso-oposición para la provisión de vacantes de celador o celadora de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se convocan pruebas selectivas para cubrir 533 plazas de la categoría de Personal de Servicios, opción Celador-Subalterno por los turnos de acceso libre y promoción interna.

- 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.

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

- Caso Kiyutin contra Rusia, de 10 de marzo de 2011, Demanda nº. 2700/10.

- Engloba dentro del art. 14 CEDH el estado de salud dentro de la cláusula “cualquier otra situación”.

- STS1199/2018, de 11 de julio, FJ 4.

- Cesión del derecho a la intimidad en favor del derecho a la salud y a la vida, en relación con la obligatoriedad de los reconocimientos médicos laborales.

- STC 62/2008, de 26 de mayo.

- Reconocimiento del estado de salud dentro de la fórmula genérica del art. 14 CE.

-. STC 340/1993, de 10 de diciembre, FJ 4.

- Doble garantía del principio de no discriminación: razonabilidad y proporcionalidad del trato desigual.

-. STC 196/2004, de 21 de diciembre.

- FJ 6 y 8, relativo a las causas de justificación del reconocimiento médico obligatorio.
- FJ 7, en relación con el art. 25.1 LPRL.
- FJ 9 y 10, respecto al consentimiento del reconocimiento médico.

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

-. *Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, VHB y VHC* publicado por el Ministerio de Sanidad en 1998.

-. Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo nº 200, sobre el VIH y el SIDA, 2010.

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

-.

### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario:

En primer lugar, nos gustaría agradecerle la realización de esta consulta porque gracias a ella aprendemos a ser mejores abogados y nos impulsa a seguir con esta labor de alfabetización legal, especialmente para personas con VIH. Te recordamos la gratuidad del servicio de la Clínica Legal, de cara a realizar las consultas que estimes pertinentes.

Para la resolución de la consulta separamos la respuesta en diferentes apartados. En primer lugar, señalaremos el ámbito profesional del celador para saber si te son aplicables las Recomendaciones del Ministerio de Sanidad a las que después haremos referencia. Por otro lado, realizaremos un análisis del acceso a la función pública y privada de la profesión de celador, a tenor de lo establecido en la normativa española y lo dictaminado por la jurisprudencia Europea y nacional al respecto. Además, indicaremos cuál sería el modo de impugnación de las bases del concurso-oposición, para el caso en el que éste contase con alguna cláusula que pudiéramos considerar que no se ajusta a derecho. En última instancia, se realizará una conclusión que recoja los aspectos claves que sirva como resumen de lo expuesto.

### **Profesión de celador y su regulación.**

La normativa que regula las profesiones sanitarias es la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias, en la que se establecen las profesiones reconocidas como tal.

La profesión de celador no se encuentra dentro de las recogidas en el artículo 2.2 de la citada norma. Aunque el apartado tercero deja la puerta abierta a que se puedan reconocer otras profesiones que no estuvieran incluidas específicamente en el apartado segundo, lo cierto es que no se ha desarrollado ningún texto con rango de ley acerca del reconocimiento de los celadores como profesionales sanitarios. Esta profesión se encuentra regulada por Orden del Ministerio de Trabajo, de 5 de julio de 1971, por la que se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, en el artículo 14.2.

Si tenemos en cuenta, en base a lo anteriormente señalado, que la profesión de celador no está catalogada como sanitaria, nos encontramos que el documento “*Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, VHB y VHC*” publicado por el Ministerio de Sanidad en 1998 no sería de aplicación a estos profesionales por el ámbito de aplicación de las medidas recogidas en el texto ministerial. Del mismo modo, las funciones realizadas por los celadores no se engloban, en ningún caso, dentro de los procedimientos invasivos con riesgo de exposiciones accidentales (PIPES), que son los únicos que podrían comportar algún tipo de limitación para el profesional sanitario con condición de VIH en el desempeño de sus actividades profesionales. Por tanto, el profesional celador no se encuentra limitado en modo alguno en aplicación del documento ministerial citado anteriormente, ni por los sujetos objeto de las medidas ni por las funciones laborales objeto de estas medidas. Sin más, el celador debe hacer uso de las medidas de protección universales aplicables a cualquier trabajador, independientemente de su estado de salud.

Uno de los objetivos del Acuerdo del Consejo de Ministros fue eliminar el estado serológico de los certificados médicos. El EBEP establece en su art. 61.5 la posibilidad de que se exijan reconocimientos médicos como medio complementario a las diferentes pruebas exigidas en el concurso-oposición. No obstante, el reconocimiento médico tiene que resultar lo menos lesivo posible para el trabajador, por lo que deberá atender a la evaluación de la capacidad física para el trabajo de celador, sin que se puedan exigir pruebas para conocer el estado serológico de los participantes, puesto que resulta irrelevante para la función que tendrían que desarrollar.

En torno a la realización de pruebas para conocer el estado serológico del trabajador, el art. 22.1 LPRL establece el consentimiento expreso del trabajador para llevarlo a cabo, si bien se establecen excepciones cuando del estado de salud del trabajador dependan otros derechos especialmente protegibles como la salud o la vida de otros trabajadores o de terceros sujetos. El TS se pronunció en el mismo sentido habilitando la cesión del derecho a la intimidad en favor del derecho a la salud y a la vida. Sin embargo, como se desprende de su jurisprudencia, esta cesión debe tener lugar cuando los riesgos para la salud y para la vida sean fundados y relativos al puesto de trabajo, puesto que si no se dan estos riesgos no se produciría la habilitación legal para limitar el derecho fundamental a la intimidad del art. 18 CE.

La LPRL habla en su art. 25 de la protección a los trabajadores especialmente sensibles. Se entiende que se refiere a aquéllos que sufren algún tipo de enfermedad o

estado de salud temporal o permanente que les sitúa en un riesgo específico en la realización de determinado trabajo. Por ello, no se te consideraría trabajador especialmente sensible por el hecho de que el estado seropositivo no comporta ningún impedimento ni ningún riesgo para el celador ni para aquellas personas con las que trate.

### **Acceso personas con VIH al empleo público y privado.**

La Constitución Española, en su artículo 103.3, determina el mérito y la capacidad como los principios rectores que rigen el acceso a la función pública. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público. En el artículo 56 del mismo texto normativo se establecen los requisitos generales para poder optar a una de estas plazas, sin que nada se mencione acerca de posibles enfermedades de ningún tipo, aspecto que sí puede deducirse en el apartado segundo del artículo 61 al hacer mención a la superación de las diferentes pruebas, tanto de carácter físico como de capacidad mental o psíquica. Estas pruebas se tienen que corresponder con las habilidades necesarias para el desempeño del trabajo en cuestión, de forma que las pruebas a superar sean idóneas y pertinentes. A este respecto, el apartado quinto recoge la posibilidad de exigir reconocimientos médicos para completar los procesos selectivos.

En lo relativo al empleo de celador, no se desprende de ninguna de las convocatorias publicadas (Comunidad de Castilla y León, Comunidad Valenciana y Región de Murcia) por los diferentes boletines oficiales regionales la facultad de persona con VIH como determinante para la exclusión del acceso a este trabajo, al no establecerse un cuadro de exclusiones médicas como sí existe en otras oposiciones. En las diferentes convocatorias publicadas se establece la posibilidad de exigir reconocimientos médicos a quienes aspiren a conseguir una de las plazas de celador de cualquiera de las regiones de España, únicamente a modo de valoración de la aptitud física y psíquica de cara a asegurar el correcto desempeño de las labores propias del puesto de trabajo en cuestión.

En cuanto a los cuadros de exclusiones médicas se pronunció el Consejo de Ministros en la Orden PCI/154/2019, de 30 de noviembre de 2018, mediante la cual se suprimía, entre otras, el VIH como causa de exclusión al acceso al empleo público, en base a la evidencia científica que establece que no comporta un impedimento para el correcto desarrollo de la actividad laboral. Asimismo, se reserva la facultad de decidir al órgano habilitado para ello, en función de la superación o no de las pruebas pertinentes requeridas para el conjunto de los participantes en el concurso, en base a las habilidades necesarias para desempeñar plenamente el ejercicio de la profesión.

Ante las bases del concurso-oposición se podrá, en virtud de los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, interponer recurso de alzada en el plazo de un mes desde la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial de la Comunidad. En el recurso podrás alegar trato discriminatorio al establecerse una cláusula relativa a una situación personal que no interfiere en el correcto desempeño de la profesión de celador, puesto que así se desprende de la evidencia científica al respecto del VIH. La fundamentación jurídica tendría que versar en torno a la no discriminación y trato igualitario que reconoce el art. 14 CE. Asimismo, se verían lesionados tu derecho a la función pública bajo los criterios de mérito y capacidad reconocidos constitucionalmente en el ya citado art.

103.3 CE, así como el art. 23.2 CE que hace mención al acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad. La jurisprudencia reconoce bajo este precepto que el mero hecho de ser una persona con VIH no es motivo de trato desigual y que habrá que atender a las razones específicas de cada caso para considerar si es legítimo establecer un comportamiento dispar, en función, como sería en tu caso, del trabajo a realizar y del propio estado de salud del trabajador. Del mismo modo, podrías alegar que se estaría lesionando tu derecho al acceso a la función pública en base a los criterios de mérito y capacidad reconocido constitucionalmente.

Posteriormente, si en la resolución del concurso-oposición se te excluye por ser persona con VIH, podrías impugnar ésta alegando los mismos motivos y apoyarte en la jurisprudencia existente que expresa que es el órgano convocante quien tiene que fundamentar la importancia de la cuestión seropositiva (en este caso) para la realización del trabajo, motivando que se produce una incapacitación para desempeñar la función. Así lo señaló el TS en relación con una causa de exclusión prevista en las bases de la convocatoria para el acceso a la función, entre otras, de Policía Municipal, señalando que la mera existencia de la causa de exclusión no es motivo suficiente para que el candidato quede fuera del proceso selectivo, sino que tiene que probarse y motivarse que este hecho es suficiente para incapacitar al sujeto respecto del trabajo en cuestión. Por tanto, teniendo en cuenta que no existen causas de exclusión para el ejercicio de celador, la jurisprudencia existente relativa a la valoración de estas causas y que el riesgo relativo añadido en el desempeño de la actividad laboral por una persona con VIH es inexistente respecto a cualquier otro trabajador, no cabría justificación alguna que pudiera sostener la seropositividad como hecho diferencial para denegarte el acceso a la función de celador.

Por otro lado, el ET reconoce el derecho a la protección eficaz en materia de salud en el puesto de trabajo. Relacionado con esto último, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales recoge, en su artículo 22, la regulación de los reconocimientos médicos en el ámbito laboral, dotándoles de un carácter voluntario al que se establecen unas determinadas excepciones. Éstas son la necesidad de los controles médicos como herramienta para evaluar la incidencia de los efectos del trabajo sobre la persona, la comprobación de si el estado de salud del trabajador puede constituir un riesgo para ella misma, para otros trabajadores o para terceras personas y cuando así se disponga legalmente por tratarse de una actividad especialmente peligrosa. Además, nuevamente se remarca la imposibilidad de discriminar a un sujeto en base a los resultados de su reconocimiento médico.

El TC ha interpretado en su STC 196/2004, de 21 de diciembre, el carácter voluntario del reconocimiento médico y su conexión con el art. 18.1 CE relativo a la intimidad. En su jurisprudencia establece que, si bien el reconocimiento médico es voluntario, puede volverse obligatorio cuando sea indispensable para certificar los posibles efectos que pudiera provocar la realización del trabajo sobre el propio sujeto, cuando se trate de determinar si el estado de salud conlleva un riesgo para él mismo o para sus compañeros o terceras personas involucradas en su actividad laboral o cuando así lo establezca la ley, dada la exposición a circunstancias de especial peligrosidad. El Tribunal concluye en su argumentación que la obligatoriedad del reconocimiento médico no tiene soporte legal cuando únicamente pretenda evaluar el estado de salud de esa persona fuera de los riesgos inherentes a su trabajo, puesto que la vigilancia médica ordinaria es responsabilidad de cada persona y forma parte de la esfera de su



derecho a la intimidad.

Si dejamos de lado el análisis de la voluntariedad o no del reconocimiento médico y nos centramos en la información que tiene que proporcionarse al trabajador que vaya a someterse a él, el Tribunal considera la necesidad de la empresa de comunicar al trabajador acerca de las “*pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad*” para que el consentimiento dado sea pleno. También debe señalarse si alguna de las pruebas, sin ser tan invasora de su intimidad, pudiera tener entre alguno de sus efectos un reproche social, como en el caso de las drogas. Y, por último, tienen que ser informadas expresamente aquellas pruebas que no guarden relación directa con los riesgos propios de la actividad laboral.

Por tanto, estas pruebas podrán llevarse a cabo de forma obligatoria pero siempre y cuando superen los requisitos de idoneidad para el correcto desempeño del puesto de trabajo y de garantía de la salud del propio trabajador y de terceras personas que pudieran estar involucradas por el ejercicio de la profesión del sujeto en cuestión. Este artículo 22 está conectado con el 25.1 de la misma norma, que establece la protección de los trabajadores y de terceras personas que pudieran verse afectadas por las características personales o biológicas del trabajador. De esta manera, se establece una salvaguarda para no poder emplear en determinados puestos de trabajo a personas que por las razones mencionadas puedan comportar un riesgo tanto para la salud o vida propia como para las de los demás.

En atención a todo lo anterior, el ejercicio de la profesión de celador no podría englobarse dentro de los casos en los que resultara exigible un reconocimiento médico, ni para determinar su acceso o no al empleo ni para evaluar el impacto de la condición de profesional con VIH en el ámbito sanitario, dado que las funciones realizadas no comportan ningún tipo de riesgo ni para el celador ni para los pacientes que acudan al centro de salud correspondiente.

En consonancia con lo anterior y atendiendo a la posibilidad de que puedas ejercer también en el ámbito privado, el Estatuto de los Trabajadores advierte la nulidad de los contratos en los que se establezca discriminación por edad, sexo, origen, condición social, etc., cláusula extensible a los procesos de selección de personal. Parece que discriminar a alguien por tener VIH podría englobarse dentro de estas categorías, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio, que engloba el estado de salud dentro del término “*cualquier otra situación*”, fórmula legal que se emplea también en la Constitución Española, en el art. 14 referido a la igualdad y no discriminación de los españoles. En consonancia se pronuncia también el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, pero es en la STC 62/2008, de 26 de mayo, donde hace mención a la posibilidad de englobar dentro de la fórmula genérica del art. 14 CE el padecimiento del VIH cuando, como en este caso, la no contratación o el despido se deban a este padecimiento y no a las capacidades mostradas para el desempeño real del puesto. La Organización Internacional del Trabajo, en su Recomendación 200, advirtió de la no discriminación y el trato igualitario de las personas con VIH en materia laboral. La OIT indica que no se puede negar el acceso al trabajo a alguien por ser portador del virus si puede desempeñar sin ningún problema el trabajo en cuestión y que, en la medida de lo posible, si una persona no estuviese médicamente capacitada para ello, habría que promover su recolocación o reasignación en otro trabajo para el que sí cuente con las

facultades necesarias.

De igual forma, la STC 340/1993, de 10 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 4, establece que el principio de no discriminación debe superar un doble baremo. Por un lado, el trato diferenciado debe estar objetivamente fundamentado, de manera que este trato esté justificado para la consecución del fin que se persigue. Por otro, se exige que el trato desigual supere el juicio de proporcional, entendiendo como tal que las medidas adoptadas para la consecución del fin legítimo perseguido sean las menos gravosas posible en consonancia con el objetivo a lograr. De ello podría entenderse que la prohibición al acceso al concurso-oposición de celador por ser persona con VIH no superaría esta doble garantía si atendemos al fin último perseguido y a las medidas tomadas para conseguirlo. Si el objetivo es evitar que se produzca el contagio y/o determinar la capacidad del aspirante al puesto para desarrollar plenamente el trabajo, primeramente, debemos señalar que la actividad de celador no comporta ningún riesgo ni para el paciente ni para el resto de trabajadores, así como la valoración de la capacidad del trabajador puede llevarse a cabo realizando una valoración física mediante el reconocimiento médico realizado a todos los que superen las distintas pruebas.

Por ello, el trato discriminatorio tendría lugar en el momento en el que se te denegara el acceso al trabajo de celador por ser una persona con VIH por el mero hecho de contar con esta enfermedad, sin atender a las capacidades que pueda alegar para el puesto.

### **Conclusión**

El acceso al trabajo es un derecho recogido en el art. 23 Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que no se puede negar este derecho a una persona por su estado de salud si éste no impide el correcto desarrollo de la actividad laboral dentro de las garantías de seguridad y competencia que se exijan. En España existe un cuadro de exclusiones médicas para determinadas profesiones, en función de las competencias que se requieren para llevar a cabo el trabajo con plenas facultades. Recientemente se excluyó el VIH de estas enfermedades que impedían presentarse a ciertos empleos públicos, dado que su mero padecimiento no inhabilita per se a nadie.

En tu caso, si bien la competencia corresponde a las CCAA, la profesión de celador no cuenta con ningún cuadro de exclusiones médicas, por lo que no se te podría negar la concurrencia al concurso-oposición ni ser excluido del mismo por ser portador del VIH. En el puesto de celador debes hacer uso de las medidas de protección universales, las cuales resultan suficientes para evitar ningún tipo de contagio. Estas medidas son aplicables a cualquier trabajador del centro sanitario, por lo que no comportan una diferencia de trato. Asimismo, si las bases del concurso contasen con esta cláusula serían perfectamente impugnables al no ajustarse a derecho.

Como hemos visto anteriormente, la posición del TEDH, del TC y de organismos como la OIT es clara a este respecto y ser persona con VIH no impide por sí mismo a ejercer la profesión de celador al no situarse en situación de riesgo a los pacientes ni a otros trabajadores. En el ámbito sanitario, la única limitación la podrían tener los profesionales sanitarios (no es el caso del celador) que realizaran procedimientos invasivos en el cuerpo del paciente con herramientas punzantes o cortantes que pudieran favorecer la transmisión a encontrarse la sangre del profesional en contacto con la mucosa o sangre del paciente, pues serían éstos los únicos supuestos que

contarían con un riesgo de transmisión relativo, situándose el resto de práctica con un riesgo de contagio altamente improbable.

Quedamos a tu disposición para aclaraciones o futuras consultas relacionadas con el VIH. Esperamos haberte sido de ayuda.

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

-. La consulta la formula una persona que fue contratada como técnico sanitario. Durante su periodo de prueba la empresa le solicitó que se realizara diferentes pruebas, entre las que se encontraba el VIH. El usuario se negó a realizársela, pero, ante la insistencia de la empresa de que formaba parte del protocolo, accedió. Comenta que sus datos se encontraban en una base de datos que podía ser consultada por cualquier compañero, aunque esos datos ya han sido borrados. Posteriormente fue despedido por no haber superado el periodo de prueba acordado.

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

-. ¿Qué funciones exactas debía realizar en el puesto de trabajo?

El usuario manifiesta que fue contratado como médico con funciones de realizar reconocimientos médicos para la obtención del carnet de conducir o permisos de armas.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

-. Constitución española. Artículo 14 (sobre el derecho a la no discriminación). Artículo 15 (sobre el derecho a la integridad física). Artículo 18 (sobre el derecho a la intimidad personal). Artículo 24 (sobre la tutela judicial efectiva).

-. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Artículo 22 (sobre los reconocimientos médicos).

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 1265 (sobre los vicios del consentimiento).

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Artículo 5 (sobre la confidencialidad de los datos).



- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 7 (sobre el deber de confidencialidad de los datos médicos).
- 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 14 (sobre el periodo de prueba). Artículo 17.1 (sobre la garantía de la indemnidad). Artículo 55.5 (sobre el despido nulo).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 21 (sobre la intervención de abogado en los procedimientos sociales). Artículos 80 y 104 (sobre los requisitos generales de la demanda). Artículos 177 y siguientes (sobre el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales). Artículos 96 y 181.2 (sobre la inversión de la carga de la prueba). Artículo 103 (sobre el plazo de presentación de la demanda por despido).
- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. Considerando e) (sobre el concepto de discapacidad).

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

- Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 FJ 6. Sobre la limitación del derecho a la intimidad y los reconocimientos médicos.
- -. Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala primera, 202/1999 de 16 de diciembre (FJ 2). Sobre la definición del derecho a la intimidad.
- Sentencia del Tribunal Supremo 8736/2006 de 28 de diciembre. FJ 3. Sobre la obligatoriedad de los reconocimientos por convenio colectivo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1405/2017. FJ 3. Sobre la obligatoriedad de los reconocimientos por convenio colectivo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1276/2017 de 13 de junio. FJ 16. Sobre la obligatoriedad de los reconocimientos por convenio colectivo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo. FJ 6. Sobre el encuadre de las enfermedades crónicas en el artículo 14 de la Constitución.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark. Párrafo 41. Sobre la asimilación del concepto de discapacidad con las enfermedades de larga duración.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1984 de 16 de octubre. FJ 3. Sobre la nulidad del despido en el periodo de prueba.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1988 de 26 de septiembre. FJ 1. Sobre la nulidad del despido en el periodo de prueba.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2007 de 12 de febrero. FJ 5. Sobre la nulidad del despido en el periodo de prueba.

## **3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos,**

### Comentarios Generales...)

-.

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

-. SANCHEZ GOMEZ, “El tratamiento procesal de la discriminación por razón de enfermedad infectocontagiosa en el marco detrás de las relaciones de trabajo”. *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones sociolaborales*, nº 77. Editorial Wolters Kluwer, 2021.

### Respuesta fundamentada

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir información legal.

Para poder darle una respuesta completa y fundamentada vamos a analizar si en efecto la prueba de VIH que le fue realizada era pertinente o si, en cambio, no deberían habérsela realizado y si, al someterse finalmente a ella, usted presto su consentimiento. Además, atenderemos a si la existencia de sus datos en la base de datos accesible para los empleados era asimismo pertinente. Por último, observaremos las posibles vías o cauces por los que usted puede hacer valer sus derechos.

Antes de comenzar a analizar la pertinencia de las pruebas, es necesario que conozca que usted se encuentra amparado por el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 de la Constitución española. El derecho fundamental a la intimidad personal se refiere a la existencia de un ámbito, un espacio propio y reservado frente a la acción o intromisión de los demás (definición dada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 202/1999). Sabiendo esto, podemos pensar que la realización de los reconocimientos médicos en el trabajo afecta a ese ámbito privado. El estado de salud del trabajador constituye una información privada y altamente sensible, por lo que la realización de los reconocimientos médicos afecta a su esfera. Sin embargo, como apunta la Sentencia 196/2004, este no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante razones justificadas de interés general previstas por la ley.

Además del derecho a la intimidad personal, puede entenderse que al realizarse el reconocimiento médico se ha visto afectado el derecho a la integridad física del artículo 15 de la Constitución Española. No obstante, esta afectación no es tan clara como la anterior.

Por todo ello, al verse afectados dichos derechos fundamentales, hay que observar si los reconocimientos médicos están lo suficientemente justificados por el interés general. Si lo estuvieran, sería un límite a dichos derechos.

El artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que el sometimiento a los reconocimientos médicos tendrá, como norma general, carácter voluntario. Sin embargo, limita dicha voluntariedad en tres casos:

- Cuando sea imprescindible para evaluar cómo afecta el trabajo a la salud del trabajador.
- Para comprobar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo o para terceros (sus compañeros u otras personas).
- Cuando así lo disponga una ley que regule riesgos específicos o actividades especialmente peligrosas.

Además, el mismo artículo también establece que las pruebas a realizar serán las proporcionales al riesgo y las que causen menos molestias al trabajador. Es decir, aunque el reconocimiento fuera obligatorio, las pruebas concretas deberían ser las menos dañinas para el trabajador y las que estén justificadas por los límites señalados (las necesarias en atención al riesgo que se pretende prevenir). De esta manera, no solo debería estar justificada la realización del reconocimiento médico en general, sino que debería también estarlo la prueba concreta de VHI.

En este sentido, como los reconocimientos médicos afectan a la esfera del derecho fundamental a la intimidad, es preciso que cumplan el juicio de proporcionalidad: que sean idóneos para alcanzar la finalidad querida, necesarios y razonables. Por ello, el propio artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales establece que los reconocimientos y las pruebas deben atender a los riesgos inherentes al trabajo, es decir, que deben ser los adecuados para el puesto concreto. También determina que han de ser necesarios, es decir, que no haya otra vía por la que preservar la salud de los usuarios.

Los límites del artículo 22 fueron confirmados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004. En ella, el Tribunal Constitucional afirma que los límites al derecho a la intimidad personal están eminentemente vinculados a la certeza de un riesgo o peligro tanto en la salud de los trabajadores o terceros, o a la protección frente a riesgos específicos de determinadas profesiones. No hace hincapié en el límite de la protección de la salud del trabajador al que se realiza el reconocimiento (salvo en las profesiones con especial peligrosidad), pues considera que es él quien elige vigilar su salud.

Por todo ello, debemos observar si su caso se encuentra dentro de alguno de los límites para la voluntariedad de los reconocimientos médicos y, más en concreto, si la prueba de VIH debía ser incluida en ellos.

Su profesión no se encuadra dentro de las que conllevan un riesgo específico o una especial peligrosidad. La norma al mencionarlas se refiere a aquellas en las que, si el trabajador tiene una determinada patología, esta podría empeorar o podría impedir que pueda realizar su trabajo por las condiciones concretas del puesto. Así, no puede la empresa amparar la obligatoriedad del reconocimiento y de la prueba concreta en este motivo, pues su seropositividad no afecta a su desempeño del puesto, ni puede empeorar con el trabajo.

Presumiblemente su empresa ampare la obligatoriedad del reconocimiento en la existencia de un riesgo para sus compañeros o para terceros, por lo que debemos poner especial atención en este límite. Para que el reconocimiento y la prueba del VIH sean precedentes y dejen de ser voluntarios, dentro de las funciones concretas de su puesto debe existir un riesgo de contagio o transmisión a terceros. Es decir, se puedan llegar a dar situaciones de riesgo para los pacientes.

Usted nos comentó que fue contratado para la realización de revisiones médicas para los permisos de armas o de conducir. Por lo que respecta a las pruebas que usted debía realizar en el carnet de conducir, entendemos que no existe ninguna en la que exista un riesgo para el examinado. Las pruebas realizadas se refieren a comprobar la aptitud visual, la capacidad de audición, los reflejos; el sistema respiratorio y cardiovascular (para lo que se toma la tensión y se ausculta) y las capacidades psicotécnicas. El resto de las aptitudes se analizan repasando el historial clínico, lo cual se lleva a cabo mediante la entrevista con el usuario. De la misma manera ocurre con el examen médico para la obtención del permiso de armas: no existe ninguna prueba que pueda suponer un riesgo de transmisión para la persona que se está sometiendo a ellas. Pese a ello, es usted quien mejor conoce el protocolo y las pruebas a realizar.

Por todo ello, si se pensara que sí existe una situación de riesgo para la persona a la que se le está haciendo el reconocimiento, sí que serían procedentes tanto el reconocimiento como la prueba concreta de VIH. No obstante, en su caso, entendemos que en el desempeño de su puesto no existe un riesgo real u objetivo para terceros, por lo que ni los reconocimientos ni la prueba pueden justificarse por este motivo.

En cuanto a la existencia de una ley que declare la obligatoriedad del reconocimiento, no existe una norma con ese rango que lo establezca específicamente en su profesión. El argumento ofrecido por la empresa de que su actuación se encontraba dentro de su protocolo no debe sostenerse. Un protocolo interno empresarial no puede lesionar un derecho constitucional (artículo 18) sin atender a los límites previstos en la ley (los del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Es decir, un protocolo debe ser acorde o aplicar el criterio legalmente previsto. Son numerosas las sentencias que determinan que la obligatoriedad de los reconocimientos impuesta por Convenio Colectivo no es procedente por contenerse en ellos, sino que procede únicamente si se cumple alguna de las excepciones del artículo analizado. Entre ellas se encuentran la Sentencia del Tribunal Supremo 8736/2006, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1405/2017 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 1276/2017. Por tanto, el protocolo podrá obligarle a someterse a los reconocimientos únicamente si su caso se enmarca en las situaciones limitadoras del derecho, lo cual según hemos analizado entendemos que no ocurre. De esta manera, no podría la empresa obligar por esta vía tampoco.

Dado que ni el reconocimiento ni la prueba concreta se justifican por alguno de los límites del artículo 22, usted no debería haberse visto obligado a someterse a dichas pruebas. Por ello, únicamente podían haberse practicado si usted hubiera prestado su consentimiento.

En este sentido, la empresa puede alegar que usted prestó su consentimiento al efectivamente someterse a las pruebas. Sin embargo, como menciona, usted se negó a hacérselas y lo manifestó por escrito. Además, aunque puedan manifestar que finalmente prestó el consentimiento porque se sometió a ellas, este puede entenderse que no era un consentimiento válido. En este sentido, las pruebas no fueron realizadas de manera completamente voluntaria, pues usted únicamente accedió bajo la premisa de que tales reconocimientos eran obligatorios (lo cual hemos visto que no era así). De esta manera, el consentimiento que prestó era un consentimiento viciado, pues usted se sometió a la prueba con la creencia errónea de que era obligatoria (creencia que le fue transmitida por la empresa) y con el miedo racional a las consecuencias de negarse (la

posibilidad de despido). De esta manera, puede enmarcarse en los vicios del consentimiento del artículo 1265 del Código Civil.

Como conclusión del análisis de la pertinencia de los reconocimientos y de las pruebas concretas, podemos determinar que ha habido una vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18 de la Constitución española. Los motivos se encuentran en que la empresa no contaba con habilitación legal para su obligación (no cumple ninguno de los requisitos) y en que usted no prestó un consentimiento ni válido ni libre. Las consecuencias de dicha vulneración serán las expuestas al final de este informe.

Para analizar la constitucionalidad y la legalidad de la existencia de una base de datos en la que constan sus datos médicos y que puede ser consultada por sus compañeros, debemos remitirnos nuevamente al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su párrafo 2 determina que la información médica que resulte de los reconocimientos médicos tendrá carácter confidencial y deberá respetar la intimidad del trabajador. El 4, por su parte, establece que los resultados no podrán ser utilizados con fines discriminatorios y que estos no podrán ser comunicados a la empresa ni a terceras personas sin el consentimiento del trabajador. Por tanto, la puesta a disposición de sus datos médicos lesionó nuevamente su derecho a la intimidad del artículo 18 de la Constitución. Además, también fue contraria a la confidencialidad de los datos del artículo 5 de la Ley de protección de datos y de los datos médicos en concreto del artículo 7 de la Ley de autonomía del paciente. No obstante, usted comenta que dichos datos han sido borrados, por lo que habría que considerar otros medios de prueba para alegar esta nueva vulneración de derechos.

Habiendo analizado las anteriores actuaciones de la empresa, debemos atender a su decisión de poner fin al contrato por no superar el periodo de prueba. El periodo de prueba se encuentra regulado en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. En él se establece que, mientras dure el periodo de prueba, no se aplican las reglas generales del despido. Esto conlleva que tanto usted (trabajador) como la empresa pueden poner fin a la relación laboral sin alegar ninguna causa y sin necesidad de que tengan que avisarse con un tiempo mínimo. Ahora bien, son muy numerosas las sentencias que afirman que, aunque pueda el empresario “despedir” al trabajador sin necesidad de motivar su decisión durante este periodo, esta facultad no puede ejercerse lesionando derechos fundamentales. Entre las sentencias que lo afirman encontramos las Sentencias del Tribunal Constitucional 94/1984, 66/1988 y 17/2007.

De esta manera, debemos examinar si la decisión de la empresa de poner fin a su relación laboral vulneró algún derecho constitucional. Como hemos visto, puede considerarse que a usted se le han vulnerado los derechos a la intimidad personal del artículo 18 de la Constitución y, en menor medida, el derecho a la integridad física del artículo 15. Sin embargo, esos derechos se han visto afectados por la obligación a someterse a un reconocimiento médico que debería haber sido voluntario y por haber puesto a disposición de terceros sus datos médicos. Es decir, esos derechos ya habían sido lesionados antes de que la empresa decidiera que usted ya no iba a seguir en su puesto. Por ello, debemos analizar esta nueva posible vulneración de forma separada, pero teniendo en cuenta la anterior actuación de la empresa.

En el caso de que la empresa hubiera decidido poner fin a su contrato tras conocer los resultados de las pruebas a las que se vio obligado a someterse, podemos concluir que



la empresa actuó de forma discriminatoria por razón de su enfermedad. Esta es la conclusión más plausible, pues usted nos comenta que no solo la empresa conocía los resultados, sino que se encontraban en una base de datos a la que podían acceder incluso sus compañeros. De esta manera, usted habría visto vulnerado su derecho a la no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española. Aunque dicho artículo no mencione expresamente las enfermedades crónicas entre las circunstancias que dan lugar a la discriminación, puede enmarcarse en la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal”. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008.

Este criterio no es exclusivo del derecho español, sino que aparece en consonancia de lo dispuesto por la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 11 de abril de 2013 (caso HK Danmark), equipara en las relaciones laborales el concepto de discapacidad con las enfermedades de larga duración, acogiendo asimismo lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Entiende que si una enfermedad es de larga duración y puede impedir que las personas que las padecen participen en las relaciones laborales en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores, sí puede asimilarse al concepto de discapacidad. En este sentido, el VIH es una enfermedad de larga duración y puede suponer una barrera para el acceso en igualdad de condiciones a las relaciones laborales debido al estigma social que lo rodea. Por tanto, el VIH puede tratar de asimilarse al concepto de discapacidad y, por tanto, puede tener las consecuencias legales propias, como la prohibición de discriminación por esta causa.

Si en cambio se entiende que la empresa no conocía los resultados de su reconocimiento médico, puede pensarse que ha ejercido su facultad de poner fin a su relación laboral por haberse negado en un primer momento a someterse al reconocimiento médico. Es decir, ha tomado la decisión por haber ejercido y reclamado usted su derecho fundamental a la intimidad del. De esta forma, este es un indicio de que usted puede verse acogido por la garantía de indemnidad del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. La garantía de indemnidad trata de proteger el derecho del trabajador a reclamar ante la empresa o ante otro órgano y así salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Así, se entienden nulas las actuaciones discriminatorias que se produzcan como consecuencia de una reclamación (por ejemplo, la negativa a someterse a un reconocimiento y su reclamación). Además, también puede entenderse que la empresa, aunque no supiera con certeza sus datos médicos, creyera conocerlos al negarse a realizarse la prueba, por lo que puso fin a su contrato de una forma discriminatoria (artículo 14 nuevamente).

Tanto de una manera como de la otra, puede concluirse que, a través de la decisión de la empresa de poner fin a su contrato, usted ha podido ver vulnerado algún derecho fundamental: el derecho a no ser discriminado por razón de su enfermedad, el derecho a la intimidad personal o la garantía a la indemnidad.

Al entenderse que se ha puesto fin al contrato con vulneración de derechos fundamentales, puede solicitarse que el despido sea declarado nulo, tal y como afirma el artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores. Las consecuencias de la declaración del despido nulo son las previstas en el apartado 6 de dicho artículo: la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir.

Para que pueda ser declarado el despido como nulo, será necesaria la interposición de

demanda por despido ante los Juzgados de lo Social en el plazo de 20 días hábiles (sin contar fines de semana y festivos) desde que tuvo lugar la decisión del empresario, según el artículo 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. De esta manera, se sigue el procedimiento de despido, pero con un carácter preferente; es decir, de forma más rápida.

En la demanda, además de los requisitos generales de los artículos 80 y 104 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, deberá señalarse el derecho o derechos fundamentales infringidos, los hechos que han dado lugar a la vulneración y la cuantía de la indemnización que se pretenda, según su artículo 179.2. Por tanto, en este procedimiento, no solo se reclama la reincorporación del trabajador a su puesto y los salarios dejados de percibir, sino también una indemnización por la lesión de los derechos o la restitución de los mismos.

La tutela de sus derechos fundamentales puede asimismo reclamarse por otra vía, la descrita en los artículos 177 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción social. En este procedimiento únicamente se atiende a la vulneración de los derechos, por lo que solo puede dar lugar al cese inmediato de la actuación que da lugar a la vulneración, a una indemnización o al restablecimiento de la situación anterior del derecho. En cuanto a esto último, se refiere a que puede también obligarse a la empresa a llevar a cabo actuaciones para devolver al derecho a su estado anterior a la lesión. Por ejemplo, si sus datos continuaran en la base de datos, podría solicitarse por esta vía su eliminación. En definitiva, en este procedimiento no se analiza el despido, sino la vulneración del derecho.

Para iniciarlos se debe interponer demanda en el Juzgado de lo Social detallando las actuaciones que han dado lugar a la vulneración, qué derechos se han visto afectados y la cuantía de la indemnización que se pretende. Se tramitan de forma urgente, por lo que son más rápidos que el resto de los procedimientos y en ellos interviene el Ministerio Fiscal.

Tanto en un procedimiento como en otro, se aplica lo dispuesto en los artículos 96 y 181.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. En virtud de ellos, en los procesos en los que se alegue la vulneración de un derecho fundamental, con que el demandante (usted) presente indicios fundados de que ha existido dicha vulneración, se invierte la carga de la prueba. Esto significa que, con que usted presente indicios (en su caso los hay indudablemente), la empresa será quien tenga que probar la causa por la que puso fin al contrato o por la que su actuación estaba justificada. De esta manera, la empresa deberá probar la justificación de los reconocimientos y pruebas que le realizó, la constitucionalidad de la base de datos con sus informes médicos y la existencia de una causa diferente a su seropositividad en el despido.

En los diferentes procedimientos ante los Juzgados de lo social, la defensa por abogado es facultativa, por lo que usted no debe contratar sus servicios si no quiere. En caso de que quisiera recurrir la sentencia, sí que sería obligatoria la intervención de abogado o de graduado social. Todo ello se encuentra recogido en el artículo 21 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Por último, en ambos procedimientos es el Juez mediante sentencia quien, tras haber valorado los hechos, determina las consecuencias, es decir, declara si el despido es nulo o si hay lugar a la vulneración. Nosotros únicamente le ofrecemos información



sobre qué se podría alegar y cómo hacerlo.

Como conclusión, usted puede haber visto vulnerados sus derechos a la intimidad, a la no discriminación y a la integridad física por diferentes actuaciones: la obligación a someterse al reconocimiento cuando debía ser voluntario, la puesta a disposición de sus datos médicos a terceros y el despido en periodo de prueba con causa en el ejercicio de sus derechos. Por todo ello, usted puede reclamar ante los Juzgados tanto el despido nulo, como la propia vulneración de sus derechos por los cauces señalados.

Esperamos que la información que le hemos ofrecido sea de utilidad y le invitamos a que, si necesita algún tipo de aclaración, contacte nuevamente con nosotros.

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

-. Usuario se ha visto forzado a desplazar su residencia y lugar de trabajo. Ello porque se consultó su historial sanitario en el hospital por una persona sin ninguna autorización, desvelando su estado seropositivo. El usuario solicitó los datos del registro de entradas en su historial, lo cual no prosperó, e interpuso una reclamación en atención al cliente de la que aún no ha obtenido respuesta. El usuario desea denunciar los hechos.

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

-. ¿Se ha puesto en contacto con el delegado de protección de datos del hospital?

**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 se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Artículo 5.f). Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>

-. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos. Diario de la Unión Europea, L 119/89, de 5 de mayo de 2016. Artículo 10. Disponible: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>

- . Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 18.4. Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- . 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 núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40126 a 40132. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41>
- . 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). Disponible: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>
- . Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Artículos 1.4 y 9.4. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>
- . Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 197. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- . Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado núm. 102, de 29 de abril de 1986. Artículo 10.3. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>
- . Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Boletín Oficial del Estado núm. 301, de 17 de diciembre de 2003. Artículos 2.3 y 19. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/16/55/con>

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

- . Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado núm. 4, de 4 de enero de 2001, Fundamento Jurídico 7. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4276>
- . Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica. Boletín Oficial del Estado núm. 4, de 4 de enero de 2001. Fundamento Jurídico 8. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>
- . Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de abril de 2019, Sección 1, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia número 1457/2019, Fundamento de Derecho Tercero. Disponible: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e04f551abf0e05c7/20190429>
- . Sentencia de Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2020, Sala de Penal. Sentencia número 476/2020, Fundamento de Derecho Tercero y Cuarto. Disponible:

<https://vlex.es/vid/850481629>

-. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2021, Sala Segunda, de lo Penal. Sentencia número 250/2021, Fundamento de Derecho Cuarto y Quinto. Disponible: <https://vlex.es/vid/863729613#:~:text=%2D%20Conforme%20a%20la%20normativa%20que,va%20a%20efectuar%20la%20consulta.>

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

-. Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, julio, 2011. Artículo 27.3. Disponible: [https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf)

-. Agencia Española de Protección de Datos, Informe 0003/2021, del Gabinete Jurídico, sobre la consulta de si el contenido del derecho de acceso a la historia clínica, comprende la información sobre quién ha accedido a la misma. Disponible: <https://www.aepd.es/es/documento/2021-0003.pdf>

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

-. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), noviembre 2019. “Guía para pacientes y usuarios de la Sanidad”, página 9, Derecho de acceso a la historia clínica. Disponible: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-pacientes-usuarios-sanidad.pdf>

### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario,

Le agradecemos que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas, pues el estudio de su caso me permite completar mi formación como abogado. Su consulta plantea las consecuencias de descubrimiento y revelación de su historial clínico por parte de un profesional sanitario. Además, supone la necesidad de analizar el contenido del derecho de acceso a la información para saber si éste puede protegerlo de la intromisión que ha sufrido.

La ficha se organizará de la siguiente forma:

#### **1. Explicación de conceptos básicos y planteamiento de cuestiones**

El derecho fundamental a la intimidad

El derecho a la protección de datos personales y el principio de confidencialidad

El derecho de autodeterminación informativa

El *habeas data*

## Planteamiento de cuestiones

2. El derecho a la protección de datos de carácter especialmente protegido: los datos de salud
3. ¿Comprende el derecho de acceso a la historia clínica la información sobre quién ha accedido a la misma?
4. Mecanismos de reparación
  - 4.A. La vía administrativa
  - 4.B. La vía civil: La responsabilidad civil
  - 4.C. La vía penal: La responsabilidad penal derivada de la intromisión y el daño producido
5. Conclusión

## ANEXO I. Asistencia jurídica gratuita

### 1. Explicación de conceptos básicos

La intromisión en el historial médico, de la cual usted ha sido víctima, se relaciona con cuatro derechos básicos sobre los que se apoyara su defensa.

Los derechos a los que nos referimos son: el derecho fundamental a la intimidad personal, el derecho a la protección de datos personales y el principio de confidencialidad, el derecho de autodeterminación informativa y el *habeas data*.

#### El derecho fundamental a la intimidad

La intimidad se considera una esfera de privacidad en la cual pueden considerarse en secreto los aspectos que la persona considere. En otras palabras, la persona está facultada para determinar qué y a quién excluir del conocimiento de terceros de su esfera personal. Mediante el derecho a la intimidad cada persona protege todo aquello que no quiere que otros conozcan. El derecho fundamental a la intimidad se reconoce en el artículo 18.1 de la Constitución Española.

#### El derecho a la protección de datos personales y el principio de confidencialidad

El término “confidencialidad” se refiere a la información en general. Por tanto, lo que el principio a la confidencialidad protege es el uso de la información íntima por cualquiera distinto de la propia persona a la que pertenece esa información o no autorizado por ella. También se interpreta como un deber profesional de no divulgar o acceder sin consentimiento a la información del paciente. Este principio se referencia en el artículo 5.f) RGPD.

Por su parte, el derecho fundamental a la protección de datos se reconoce en el artículo 18.4 de la Constitución Española. Este derecho garantiza a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir un tráfico ilícito y lesivo para su dignidad.

En el artículo 7.1 de la Ley de Autonomía del paciente se expresa, dentro del

derecho a la intimidad, que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud, y que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley.

#### El derecho de autodeterminación informativa

Este derecho se construye a partir del concepto de intimidad, y se encamina a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales. Se trata de un instrumento de control de los datos personales almacenados en bancos de datos para su exactitud, rectificación, secreto, autorización para su difusión, entre otras acciones. Se trata de determinar qué información almacenada puede conocerse.

#### El *habeas data*

El *habeas data* (del latín: “tener datos presentes”) se trata de una acción personal que habilita a cualquier persona titular de información a obtenerla, eliminarla o corregirla. Es aplicable sobre los bancos de datos antes referenciados.

Sin embargo, cabe mencionar que los derechos explicados no son absolutos, es decir, no siempre podremos negarnos al acceso a nuestra información personal. Por ejemplo, en caso de probar un delito.

En consideración con los instrumentos de protección aportados y en atención a su caso, cabe plantearse: ¿Puede acceder cualquier persona a mi historia clínica? ¿Permite el derecho de acceso a la información conocer quién ha comprobado mi historial clínico?

En primer lugar, el derecho de acceso legitima a la persona para dirigirse al responsable del tratamiento de datos de carácter personal (ver epígrafe tercero) para conocer si los está tratando o no y, en caso afirmativo, puede conocer los fines del tratamiento, el plazo previsto para su conservación, entre otros.

Sólo podrán acceder a la historia clínica el o la médico, el centro o la administración sanitaria y el encargado de tratamiento. Además, deben observar y tomar las medidas necesarias para garantizar que cualquier persona que actúe bajo su autoridad y tenga acceso a estos datos, solo pueda tratarlos siguiendo sus instrucciones.

La Agencia de Protección de Datos expresa que cuando un profesional sanitario accede a una historia clínica debe hacerlo porque es necesario para realizar su trabajo. No es lícito que acceda por curiosidad, para facilitar información de un paciente a un conocido, vecino, entre otros ejemplos.

La Agencia Española de Protección de Datos ha sancionado, en numerosas ocasiones, a los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas donde trabajaba el profesional que accedió indebidamente a la historia clínica de un usuario al entender que, como responsable del tratamiento, no había establecido las medidas de seguridad adecuadas para evitarlo. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal que suponga la acción ilícita que, a su vez, pueda derivar en responsabilidad civil.

Por tanto, toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad ([art. 7.1 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).

## **2. El derecho a la protección de datos de carácter especialmente protegido: los datos de salud**

El derecho a la protección de datos se trata de un derecho fundamental de muy reciente creación. Se reconoce como tal por las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 (FJ8) y 292/2000 (FJ7). En ellas, se reinterpreta el artículo 18.4 de la Constitución Española, cuyo contenido consiste en garantizar el poder de control de los individuos respecto a sus datos personales, así como el uso y destino de estos (ver epígrafe primero).

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece en el artículo octavo el derecho a la protección de datos de carácter personal.

En España la protección se regula mediante la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD). Mediante la Ley Orgánica española, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva UE 2016/680 (DPDUE), relativa a la protección de datos de personales de las personas físicas.

En la LOPDGDD se indica que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea (RPDUE).

El derecho a la protección de la salud se incluye en las categorías especiales de datos del artículo 9 apartado tercero de la LOPDGDD. Los datos especiales se dotan de mayor protección y se acompañan de mayores garantías para su tratamiento. Ello se observa en el segundo apartado del mismo artículo: podrán establecerse requisitos adicionales relativos a la seguridad y confidencialidad de los datos especiales.

En suma, los datos de la salud se consideran datos de carácter personal y especialmente protegidos. Los datos relativos a la salud se definen como los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud. El titular de los datos posee un poder jurídico que le faculta para imponer ante terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información.

## **3. ¿Comprende el derecho de acceso a la historia clínica la información sobre quién ha accedido a la misma?**

Como se ha referenciado en el anterior epígrafe, la información sobre la historia clínica son los datos de salud (artículo 4.15 RGPD), y, por tanto, se trata de datos de carácter especial.

El derecho de acceso a la historia clínica se regula en el artículo 15 del RGPD. Se establece que el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen. En tal caso, el interesado tendrá derecho de acceso a la información sobre los fines de tratamiento de estos datos, las categorías de datos personales de que se trate, los destinatarios, el plazo previsto de conservación, entre otros.

En la normativa especializada básica del derecho de acceso, la Ley de Autonomía del Paciente, se establece en el artículo 18 que el paciente tiene derecho de acceso a la



documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella.

No se incluye en el anterior precepto sobre el derecho de acceso que se faculte al titular para conocer quién ha accedido a su historial clínico. Debe acudirse, para conocer si el derecho de acceso ampara esta acción, a la normativa autonómica que establezca el contenido adicional de este derecho.

Cabe indicar, en este punto, que en España existen normas autonómicas en las que se prevé que el contenido del derecho de acceso a la historia clínica comprende conocer quien ha accedido a la misma. Por ejemplo, la Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la comunidad foral de Navarra, se concede el derecho a conocer en todo caso quién ha accedido a los datos sanitarios del titular, el motivo del acceso y el uso que se ha hecho de ellos.

No obstante, la AEPD considera que el derecho de acceso a la historia clínica no comprende, por lo general, conocer la información sobre quién ha accedido a la misma porque no es un contenido que forme parte de la historia clínica y también hace referencia datos personales de terceros.

Reciente jurisprudencia ha modificado parcialmente el criterio de la AEPD en esta cuestión. El asunto versa sobre dos profesionales de la salud que acceden al historial de un tercero, de forma no autorizada e ilegítima, y este tercero les denuncia aportando como prueba el historial de personas que han accedido a sus datos de salud. Se discute si las pruebas proporcionadas, que no siguieron ningún curso pericial (en otras palabras, las consiguió el denunciante *motu proprio*) son procedentes y legítimas en el proceso. Recuérdese, en este punto, que la AEPD considera que el derecho de acceso no incluye la facultad de saber quién ha accedido al historial de salud.

El fallo consiste en que, en el caso concreto, las pruebas son pertinentes para salvaguardar la tutela judicial efectiva y hacer valer los derechos del afectado. Dicho de otra forma, conocer quién había accedido a su historial le permitió defender su derecho a la protección de datos.

Se admitió la aportación del historial de personas que accedieron a los sus datos de salud, de forma ilegítima. Lo cual, quiere decir que, en el caso concreto de comisión de un delito, al ser un elemento de prueba esencial para defender el derecho a la protección de datos, sí podría ser procedente aportarla. No obstante, ello no se incluye en el derecho de acceso a la historia clínica al amparo del artículo 18 de la Ley de Autonomía del Paciente antes aportado, salvo que la normativa autonómica aplicable prevea esta posibilidad.

En suma, cuando se trate de un proceso penal relacionado con el artículo 197.2 CP en materia de datos de salud, podrá ser pertinente aportar o solicitar prueba pericial acerca del historial de personas que han accedido a los datos de salud de titular. Ello no significa que el derecho de acceso permita acceder a dicha información porque, de base, la Ley de Autonomía del Paciente no recoge esta facultad dentro de este derecho. Sin embargo, la AEPD sí reconoce que forma parte del mismo cuando en la normativa autonómica se recoja expresamente el poder de conocer quién ha accedido al historial de salud del titular.

En atención a su caso, la interpretación que realiza la Junta de Andalucía se decanta por facultar al titular de solicitar los accesos producidos por los profesionales a la historia de salud del paciente. Puede encontrar toda la información en el siguiente

[enlace](#). Sin embargo, no establece que esta facultad forme parte del derecho de acceso al historial de salud. En cualquier caso, lo importante es que sí se le reconoce y forma parte de las acciones positivas que posee el titular en defensa de su derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, también será interesante que consulte las acciones del Área de Protección de Datos del [Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía](#). Mediante este portal puede presentar reclamaciones, comunicarse con los Delegados de Protección de Datos y notificar violaciones de la seguridad de los datos personales, entre otras actuaciones.

#### **4. Mecanismos de reparación**

##### **4.A. La vía administrativa**

Si un paciente ha sufrido una injerencia ilegítima en sus datos personales, posee el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control. Estas reclamaciones se presentarán en la Agencia Española de Protección de Datos, o las autoridades de protección de datos catalana, vasca o andaluza, cuando el responsable esté integrado en la sanidad pública de estas comunidades autónomas. Se establece que **el responsable del tratamiento de los datos** que forman parte de la historia clínica es el **médico o el centro sanitario**. Por tanto, en su caso, tiene la opción de acudir a la Agencia Andaluza de Protección de Datos, al estar integrado el responsable de protección de datos en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

##### **4.B. La vía civil: La responsabilidad civil**

En consideración con lo explicado del carácter de ultima ratio del derecho penal, en el orden civil, de acuerdo con el artículo 82.1 RGDP, se recoge expresamente el derecho a la indemnización de los daños causados a los titulares. Respecto al ilícito civil tiene la posibilidad de, en virtud del artículo 249.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interponer una demanda (o acción) bajo la tutela civil del derecho a la intimidad, que se decidirá en juicio ordinario. El objetivo de esta vía es resarcir el daño causado, con base en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Por lo general, es necesaria la intervención de abogado (art. 31 LEC).

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, la acción puede ser considerada grave o muy grave en función del texto de los Estatutos del Colegio Profesional de la Medicina correspondiente. Ello conllevaría la inhabilitación del profesional durante un tiempo.

##### **4. C. La vía penal: La responsabilidad penal derivada de la intromisión y el daño producido**

El profesional sanitario que accede de forma ilícita a datos de salud puede incurrir en un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto en el artículo 197 del Código Penal. Se trata de un delito contra la intimidad.

Algunos ejemplos de conductas penadas son:

- Un médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía. El médico accedió a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y la de sus familiares (STS 40/2016, de 3

de febrero).

- Un médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (STS 532/2015, de 23 de septiembre).
- El colaborador temporal de la Asociación de Paraplégicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apodera de datos con indicaciones expresas de la minusvalía y estado de salud de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (STS 1532/2000, de 9 de octubre).
- La información periodística que permitió por vía referencial identificar a enfermos de SIDA internados en un establecimiento penitenciario (STS 18 de febrero 1999).

El médico hace un uso desviado de las herramientas de trabajo puestas a disposición para acceder injustificadamente a los datos personales de pacientes. Las referenciadas actuaciones del profesional sanitario infringen el apartado 3º del artículo 27 del Código de Deontología Médica (ser médico no autoriza a conocer información confidencial de un paciente con el que no se tenga relación profesional). Además, como se ha esbozado, pueden constituir un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto concretamente en los artículos 197.1, 2, 5, 6 y 198 del Código Penal.

La conducta castigada implica un incumplimiento del deber de reserva y confidencialidad, así como del respeto a la dignidad e intimidad de los pacientes, derivado de la Ley de Autonomía del Paciente junto con el resto de normativa sanitaria y de protección de datos aportada en los párrafos precedentes.

El artículo 197 CP establece lo siguiente:

1. El que para descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de documentos personales será castigado.
2. Se castigará al que sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, o registro público o privado. También se castigará a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos datos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.
3. Se castigará en mayor grado a quien difunda o revela los datos.
4. Se castigará con mayor gravedad a los responsables de los datos si son los que cometen las conductas de los puntos 1 y 2.
5. Si los hechos descritos en los apartados anteriores afectan a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, se impondrán penas mayores.

Además, si el delito es cometido por funcionario público, como podría ser en este caso, prevaleciendo de su cargo, será castigado con las penas mayores y la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (art. 198 CP).

Por tanto, lo que se protege en el artículo 197.2, relevante para su caso, es la libertad

informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos. Ello constituye una dimensión positiva de la intimidad que conforma el bien jurídico protegido. En el artículo se protegen los datos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera y castiga al que acceda a los datos o los utiliza sin estar autorizado, dado que no son datos al alcance de cualquiera.

En suma, el artículo castiga la conducta producida sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos. Cabe mencionar que hay doctrina dividida en la interpretación del artículo. Por un lado, se considera que el acceso debe ser en perjuicio de tercero, esto es, que exista la voluntad de dañar a alguien mediante el acceso (esto se conoce como interpretación integradora del precepto). En otras palabras, el mero acceso no integraría delito salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los datos descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Por otro lado, se interpreta que no es necesario el perjuicio de tercero y, por tanto, el mero acceso ya constituiría delito.

Cabe anotar que el derecho penal es una vía de última ratio. Ello significa que deben acudirse a otras formas judiciales y/o de resolución de conflicto menos severas (como la responsabilidad disciplinaria, la jurisdicción contencioso-administrativa y la responsabilidad civil).

Sin embargo, esta discusión doctrinal carece de aplicación a su situación dado que se le ha generado un perjuicio, y, por tanto, la conducta que ha sufrido es punible.

En definitiva, la acción que nos relata es constitutiva de delito porque un profesional sanitario, valiéndose de su posición, ha accedido sin su autorización a su historial médico para comprobar los datos de salud y, además, los ha revelado generando un perjuicio en usted como es verse obligado a desplazarse de ciudad para comenzar una nueva vida. En términos jurídicos, es de aplicación el artículo 197.2 en relación con el 197.6, porque se accede sin su consentimiento a datos de salud recogidos en fichero informático.

#### **a. La denuncia**

Puede denunciar los hechos ante la policía, Ministerio Fiscal, Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal. La denuncia (artículos 259-269 LECrim) es una declaración de los hechos ocurridos, que pueden ser constitutivos de delito, pero no recoge la voluntad de iniciar un proceso judicial

#### **b. La querrela**

Respecto al delito de descubrimiento y revelación de secretos, puede presentar una querrela (artículos 270 a 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La cual consiste en un acto de comunicación al órgano judicial competente sobre la existencia de unos hechos presuntamente delictivos al tiempo que expresa su voluntad de iniciarse como parte en el proceso judicial penal, en el cual la presencia de abogado es obligatoria.

### **5. Conclusión**

En la presenta ficha se han aportado una serie de instrumentos de protección de los datos personales: el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos y el principio de confidencialidad, el derecho de autodeterminación informativa y el *habeas*

*data*. Estos derechos facultan al titular para ejercer acciones de control sobre sus datos como expresar la voluntad de no acceder a los mismos o utilizarlos con fines no concebidos.

En este sentido, una vez producida la injerencia y el perjuicio existen varias vías de reparación. Todas ellas sobre la base del poder de control que legitima al titular para accionar mecanismos de protección y restauración de su derecho a la protección de datos y autodeterminación informativa, entre ellos, la queja ante la AEPD, el orden civil y el orden penal.

En cuanto al derecho de acceso a la historia sanitaria, la AEPD establece que, por lo general, no incluye la facultad de conocer quién ha accedido al historial. Sin embargo, los tribunales, en atención al caso concreto, admiten dicha prueba como forma de apoyo para la defensa de los derechos del afectado. Además, la AEPD ha reconocido que, si la normativa autonómica así lo dispone, el derecho de acceso incluirá la potestad de solicitud de los accesos al historial clínico. Este poder de control puede realizarse, entre otras formas, formulando la petición de accesos producidos por los profesionales a la historia de salud anteriormente especificada (Solicitud de accesos de profesionales a la historia de salud).

Si necesita más información o aclaración de algún punto, no dude en contactar con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

### **ANEXO I. Asistencia jurídica gratuita**

El derecho a la justicia gratuita tiene rango constitucional, y es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Se expresa en la Constitución que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y siempre para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Se hace una remisión a la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Cabe mencionar que se menciona lo mismo en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se entiende, que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es un derecho absoluto. Esto significa, en base a lo expuesto, que su ámbito de aplicación se limita a quienes acrediten insuficiencia de recursos.

Se reconoce la insuficiencia de recursos cuando el cómputo anual de renta fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

Esta cuantía se establece en la disposición adicional centésima décima novena de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, pues no se ha modificado desde tanto, el cómputo debe ser inferior a 19362,09 euros, para que exista insuficiencia de recursos para litigar.

Cabe mención, de que las personas con VIH podrían beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar sus recursos económicos ya que el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita tiene en cuenta las circunstancias de salud de



la persona. Esto debería solicitarlo en el Colegio de Abogados más próximo a su domicilio.

Una vez reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se designará un abogado, y cuando sea preciso, un procurador de oficio. Estos son los profesionales del turno de oficio. Se les asignan asuntos de particulares a través del reparto de casos del Colegio de abogados que se trate (Madrid, Bizkaia, entre otros).

Se puede tramitar la solicitud de abogado de oficio a través de la web del Colegio de Abogados de su lugar de residencia.

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

-. En el certificado de defunción de una persona seropositiva se recogía como causa de defunción la infección por VIH. La familia desconocía este dato porque así lo decidió el finado que, sin embargo, no expresó su deseo de no darse a conocer el dato tras su fallecimiento. Ante esta situación, se nos plantea si es legal reflejar esta información y si el médico está obligado a incluir el dato en el certificado de defunción.

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

-.

### **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 se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Artículo 5.f). Disponible:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Exposición de motivos, artículos 1.4, 3.2, 9.4 y 96.. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

-. [Ley Orgánica 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 núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Artículo 22. Disponible: https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con](https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con)

-. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado núm. 175,



de 22 de julio de 2011. Artículos 81 y ss. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>

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

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril. Boletín Oficial del Estado, núm. 117, de 14 de mayo de 2008. Fundamento Jurídico 6. Disponible: [https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6283#complete\\_resolucion&fundamentos](https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6283#complete_resolucion&fundamentos)

-. Agencia Española de Protección de Datos Personales, Recurso de Reposición N°. RR/00428/2017, procedimiento N°. TD/01859/2016.

-. Agencia Española de Protección de Datos Personales, Recurso de Reposición N°. RR/00014/2018, procedimiento N°. TD/01419/2017.

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

-. Certificado Médico de Defunción INE y Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos: [https://www.ine.es/metodologia/t20/cues\\_def\\_09.pdf](https://www.ine.es/metodologia/t20/cues_def_09.pdf)

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

-. Ordelin Font, José Luis y Oro Bof, Salette, 2019. “¿Herencia digital?: la protección «post mortem» de los bienes digitales”, epígrafe 2. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num. 50/2019 parte Cuestiones. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

-. Rafael Teijeira-Álvarez, María Pilar León-Sanz, Sonsoles Castro-Herranz, Yugo Floristán-Floristán, María Inés Salazar-Lozano y María Concepción Moreno-Iribas, 2020. “La certificación de la defunción de casos de COVID-19 en España”. Asociación Nacional de Médicos Forenses. Oublicado por Elsevier España, S.L.U. Disponible: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-pdf-S0377473220300262>

-. NAVARRO CABALLERO, G. <<Capítulo 9. El Certificado Médico de Defunción: consideraciones jurídicas>> en TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (coord.). *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*, Ed. Aranzadi, 1ª edición, 2015, Cizur Menor. Pág. 184.

-. Martínez Martínez, N. (2019). Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD. *Derecho Privado y Constitución*, 35, 169-212. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.05>

**Respuesta fundamentada**

Estimado usuario,

Le agradecemos que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas, pues el estudio de su caso me permite completar mi formación como abogado. Su consulta plantea cuestiones relativas a la protección de datos personales. En concreto, se plantea si puede figurar el estado de seropositividad de una persona en su Certificado Médico de Defunción (CMD) y si está obligado el profesional sanitario a reflejar dicho dato en el CMD. Para contestar a sus preguntas, la ficha se organizará de la siguiente forma:

1. La Protección *post mortem* de los datos personales
2. ¿Qué incluye el Certificado Médico de Defunción?
  - 2.1 ¿Puede figurar el estado de seropositividad?
3. ¿Qué publicidad tiene el certificado de defunción? ¿Quién puede solicitarlo?
4. Conclusión

Anexo I. Asistencia jurídica gratuita

### **1. La Protección *post mortem* de los datos personales**

La Unión Europea, tras la adopción del Reglamento General de Protección de Datos, reconoce que sus disposiciones no son aplicables a la protección de datos personales de personas fallecidas, siendo competencia de sus Estados miembros establecer las normas relativas al tratamiento de estos datos.

En España, antes de la actual Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales (LOPDPPD) la legislación de protección de datos personales tampoco era aplicable a los datos referidos a personas fallecidas. Más aún, la Agencia Española de Protección de Datos fallaba sobre sus expedientes que no existía legitimación para que el familiar o persona allegada al finado ejerciera los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición de los datos, dado que los derechos tenían carácter personalísimo y solo disfrutaba de ellos el titular.

La vigente LOPDPDD reconoce a las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o, de hecho, la posibilidad de dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión, excepto cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así se estableciere en la ley.

Sin embargo, en el preámbulo de la Ley Orgánica, se expresa lo siguiente: “(...) la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido”. También se expresa en el artículo 2 del mismo cuerpo legal que la Ley no se aplicará a los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3, esto es, lo aportado en el párrafo precedente.

Además, se expresa en el artículo 32 del Código Civil que la personalidad se extingue

por la muerte de las personas, y, con ella, los derechos de la persona fallecida.

Por tanto, los datos personales de las personas fallecidas carecen de instrumentos jurídicos de protección. No obstante, cuando se considere que se ha vulnerado la intimidad de la persona mediante la revelación de datos personales (el derecho a la protección de datos es distinto al derecho a la intimidad), la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, atribuye la protección (en caso de lesión al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tras el fallecimiento de la persona) a quienes esta hubiera designado en su testamento. En su defecto, a los parientes o supervivientes y, en último término, al Ministerio Fiscal. En otras palabras, las personas designadas podrán ejercitar las acciones en nombre del finado.

Sin embargo, conviene advertir que, en consideración con la doctrina del Tribunal Constitucional, la protección de la dignidad de las personas fallecidas no goza de la misma intensidad que las personas vivas. En este sentido, se expone en la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008 lo siguiente: “Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas” (FJ6).

En cualquier caso, si bien con una menor intensidad, los datos personales y la intimidad de la persona fallecida son defendibles por las personas que se hubiesen designado. Ello, con independencia de la no aplicación de las normas jurídicas a los datos de las personas fallecidas.

## **2. ¿Qué incluye el Certificado Médico de Defunción?**

El Certificado Médico de Defunción (CMD) es el documento que acredita la muerte de la persona, posibilitando la inscripción de dicho fallecimiento en el Registro Civil. El CMD es emitido por el médico que presta la asistencia en la última enfermedad o por el facultativo llamado a comprobar la certeza del óbito. El CMD se entregará únicamente a la persona que legítimamente lo ha solicitado, o a la que haya sido autorizada para ese fin por el paciente.

La emisión del CMD es una obligación del profesional sanitario según lo dispuesto en el artículo 274 del Reglamento del Registro Civil: “El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviará inmediatamente al Registro parte de defunción”; y en el Código de Ética Médica artículos 20.1 y 36.6, de la obligación de proporcionar el certificado y de la responsabilidad del profesional de cumplimentar el certificado de defunción en todos sus apartados, respectivamente.

Para rellenar el certificado, desde un punto de vista medicolegal, el profesional de la salud debe clasificar el óbito en uno de los tres tipos: (1) la muerte natural (por enfermedad o lesión), (2) la muerte violenta (causa exógena a la persona: suicidio, homicidio y accidente) y (3) la muerte sospechosa de criminalidad. En atención al caso, solo se explicará la muerte natural en el CMD.

Cuando se trate de muerte natural, el médico debe intentar llegar al diagnóstico de la causa de la muerte con los datos de los que disponga en ese momento, como serían el contenido de la historia clínica de la muerte, la declaración de los familiares, informes médicos y los datos de exploración que haya realizado (Navarro Caballero, 2015). Si le

ha sido posible determinar la causa del fallecimiento deberá cumplimentar el CMD utilizando como causa aquella más lógica dentro de los datos que haya podido obtener (Navarro Caballero, 2015).

Los datos necesarios en todo CMD son:

- La identificación del fallecido
- La datación (día y hora) y lugar de la muerte
- Causas inmediatas y fundamentales del fallecimiento
- Datación del documento
- Identificación del médico que firma el documento
- Identificación del Colegio de Médicos según el modelo oficial de CMD distribuidos por los colegios profesionales

Como modelo de referencia en España se encuentra vigente la plantilla publicada en enero de 2009 y editada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) y el Instituto Nacional de Estadística (INE) para adecuarse a las normas de la Organización Mundial de la Salud (se referencian en el propio CMD).

Cabe mencionar que la correcta cumplimentación del CMD tiene importantes consecuencias desde un punto de vista de política sanitaria. Con base en ellos, el INE extrae de estos documentos las causas de defunción con las que genera estadísticas oficiales de mortalidad. Según los resultados obtenidos, se toman medidas de prevención y se destinarán los recursos necesarios para afrontar las necesidades existentes mediante la implementación de políticas sanitarias.

### 2.1 ¿Puede figurar el estado de seropositividad?

El desglose de causas de defunción dentro del CMD es el siguiente:

- a. Causa inmediata:** Indicar la enfermedad o estado patológico que produjo la muerte directamente. No se trata de indicar las modalidades de la muerte, sino la enfermedad, el traumatismo o la complicación causante del fallecimiento.
- b. Causas intermedias:** Estados morbosos, si existiera alguno, que produjeron la causa arriba indicada.
- c. Causa inicial o fundamental:** Enfermedad o lesión que inició los hechos anteriormente mencionados que condujeron a la muerte, la que haya sido desencadenante de todo el proceso que ha llevado a la defunción.
- d. Otros procesos:** Otros estados patológicos significativos que contribuyeron a la muerte, pero no relacionados con la enfermedad o estado patológico que la produjo. Ejemplo: Diabetes.

En relación con los datos que se aportan en el CMD, existe una consulta en el Foro Iberoamericano de la Organización Panamericana de la Salud, adscrita a la Organización Mundial de la Salud (se recuerda que las directrices del CMD provienen de la OMS), sobre si puede figurar, o no, como única causa de fallecimiento el SIDA (lo que implica seropositividad). La respuesta definitiva del grupo colegiado fue que no existe ningún inconveniente en seleccionar SIDA como causa básica en el certificado de defunción dado que el SIDA puede ser la causa terminal de muerte. Sin embargo, es muy recomendable

aportar la mayor información posible en el certificado, por ejemplo, en otros casos con causas diferentes al SIDA, se esbozan como ejemplos:

- B20 Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH], resultante en enfermedades infecciosas y parasitarias
- B21 Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH], resultante en tumores malignos
- B22 Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH], resultante en otras enfermedades especificadas
- B23 Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH], resultante en otras afecciones
- B24 Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH], sin otra especificación

En vista de la información aportada, sí puede figurar este dato en el CMD de forma visible. Sin embargo, la persona puede prohibir el acceso a esta información por parte de sus familiares. Esta prohibición expresa se fundaría en la referencia a las “instrucciones” del fallecido sobre el tratamiento de sus datos *post mortem* en el artículo 3.2, segundo párrafo. En este sentido, la AEPD (2017:7) entiende que el artículo 3 LOPDGDD permitirá, en su futuro reglamento, que las personas puedan determinar en vida cuál consideran que ha de ser el destino adecuado de sus datos de carácter personal, en cuanto se hace referencia expresamente al registro de los mandatos e instrucciones admitidas a tal efecto. De lo anterior se extrae, por tanto, que si la voluntad en vida era no consentir que ciertos datos de salud se faciliten a familiares e interesados debe respetarse. Más aún, cuando la categoría de los datos de salud es especial y su protección es mayor.

Por tanto, en consideración con la normativa aportada, el médico está obligado a rellenar y emitir el CMD lo más completo posible.

### **3. ¿Qué publicidad tiene el certificado de defunción? ¿Quién puede solicitarlo?**

El CMD no es un documento público. Sirve para poder practicar la inscripción registral de defunción, la cual, sí será pública. Dicha inscripción dará lugar, si se solicita de forma interesada, a la partida de defunción. De esta forma se conoce y se prueba si alguien ha fallecido o no. Sin embargo, no recogerá la causa de la muerte ni los datos personales de salud del finado, los cuales constan en el CMD.

El CMD lo podrán solicitar, en virtud de lo dispuesto por el CGCOM, aquellas personas que acrediten una relación de parentesco con el finado.

### **4. Conclusión**

En suma, el CMD es un documento oficial expedido por el profesional de la salud y certifica el fallecimiento de una persona. Únicamente accederán al documento las personas legitimadas por relación de parentesco.

El certificado, aparte de ser un requisito imprescindible para practicar la inscripción (artículo 66 de la Ley de Registro Civil), también contribuye a los estudios estadísticos del INE. Los datos personales que sean facilitados a estos efectos serán objeto de protección y quedarán amparados por el secreto estadístico. Como se ha expresado, la finalidad de los datos es, entre otras, prevenir y contener enfermedades. Por ello, es



lógico, razonable, legítimo y obligatorio (en consideración con el epígrafe 2.1) que se reflejen datos de salud como la seropositividad. Todo lo anterior si el finado no se negó de forma expresa.

En cualquier caso, si el CMD es objeto de publicidad ilegítima, existen mecanismos de impugnación como se ha expresado en el primer epígrafe. Se adjunta un Anexo con información sobre la asistencia jurídica gratuita por si acontece el caso referenciado.

Si necesita más información o aclaración de algún punto, no dude en contactar con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

## **ANEXO**

El derecho a la justicia gratuita tiene rango constitucional, y es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Se expresa en la Constitución que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y siempre para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Se hace una remisión a la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Cabe mencionar que se menciona lo mismo en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se entiende, que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es un derecho absoluto. Esto significa, en base a lo expuesto, que su ámbito de aplicación se limita a quienes acrediten insuficiencia de recursos.

Se reconoce la insuficiencia de recursos cuando el cómputo anual de renta fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

Esta cuantía se establece en la disposición adicional centésima décima novena de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, pues no se ha modificado desde tanto, el cómputo debe ser inferior a 19362,09 euros, para que exista insuficiencia de recursos para litigar.

Cabe mención, de que las personas con VIH podrían beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar sus recursos económicos ya que el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita tiene en cuenta las circunstancias de salud de la persona. Esto debería solicitarlo en el Colegio de Abogados más próximo a su domicilio.

Una vez reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se designará un abogado, y cuando sea preciso, un procurador de oficio. Estos son los profesionales del turno de oficio. Se les asignan asuntos de particulares a través del reparto de casos del Colegio de abogados que se trate (Madrid, Bizkaia, entre otros).

Se puede tramitar la solicitud de abogado de oficio a través de la web del Colegio de Abogados de su lugar de residencia.



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

-. La persona que nos ha contactado nos pregunta si puede acceder a la escuela de policía sabiendo que tiene VIH.

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

-. Estimado usuario, con la finalidad de ofrecerle una respuesta más concreta y completa, le pedimos que nos especifique a qué tipo de policía se quiere presentar y a qué convocatoria.

Gracias.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- . Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.
- . Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- . Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- . Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- . 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.
- . Real Decreto Legislativo 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional.
- . Real Decreto Legislativo 614/1995, de 21 de abril, por el cual se aprueba el reglamento de los procesos selectivos y de formación en el cuerpo nacional de policía.
- . 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.
- . Resolución de 24 de agosto de 2021, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos/as de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía.

**2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal**

### **Supremo...)**

- Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992, de 28 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 319/2015, de 26 de enero.

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

- Recomendación 200 de la Organización Mundial del Trabajo.

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

-.

### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario, le agradecemos la confianza depositada en la Clínica Legal de la UAH para resolver su cuestión sobre el acceso a los Cuerpos de Seguridad del Estado siendo portador de VIH.

Dado el hecho de que usted quiere presentarse a un cuerpo de seguridad, cabe plantearse si pueden acceder a puestos en la función pública las personas con VIH. La respuesta es que, a priori sí, cualquier persona con nacionalidad española puede acceder a la función pública de policía nacional ya que este acceso se basa en los principios de mérito y capacidad, reconocidos en el artículo 103.3 de la Constitución Española, y en el de igualdad, reconocido en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución Española y en el art.55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Estatuto Básico del Empleado Público.

Aún así, en algunas convocatorias del empleo público referentes a los Cuerpos de Seguridad del Estado, se incluye un reconocimiento médico el cual se realiza sobre la base de los llamados “cuadros de exclusiones médicas”. Estos cuadros están compuestos de una lista de patologías agrupadas por el sistema al cual afectan, lo cual supone que si la persona en concreto padece alguna de ellas no podrá desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo.

El VIH estuvo incluido de manera implícita en estos cuadros, lo cual conllevaba una situación de discriminación ya que se produce una exclusión genérica que no está justificada, a pesar de la evidencia científica que nos confirma que una persona con VIH con la carga viral indetectable, no transmite el virus. Esto también llegó a causar disuasión a las personas con VIH a la hora de presentarse a estas oposiciones.

Debido a la discriminación que esto suponía, la situación se reguló por la Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, la cual en su artículo primero elimina el VIH de las causas de exclusiones médicas exigibles, aún así, en 2020 se modificó 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. Cabe destacar también que la Recomendación 200 de la Organización

Mundial del Trabajo, en su art.10 indica que “el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de igualdad de oportunidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”.

Dada la evidencia científica sobre el tratamiento como prevención, lo cual quiere decir que la persona que controla dicha enfermedad con medicación y es capaz de demostrar mediante informes médicos que no le afecta en su desarrollo laboral, esta exclusión está injustificada y vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y respetando los principios de mérito y capacidad. El Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia 319/2015, de 26 de enero, en la cual se hace referencia a ciertas personas que presentan dificultades visuales referentes al daltonismo, aún usando lentillas correctoras que favorecen la diferenciación de los colores han sido excluidas en el reconocimiento médico. La misma sentencia nos cita 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 sus funciones”.

También se nos indica en el fundamento quinto de la misma sentencia que el uso de ciertos medios para mantener la requerida funcionalidad del cuerpo, sin que afecten al buen desarrollo de la actividad laboral, no tiene por qué ser un obstáculo para el desempeño del trabajo. Por tanto, entendemos que, en su caso, siendo portador de VIH pero medicándose y controlando el virus, no tiene por qué afectar al desempeño de la labor que se le pueda exigir dentro del cuerpo policial.

La convocatoria 2021/2022 para el Cuerpo Nacional de Policía ya se ha llevado a cabo, y hasta la próxima convocatoria 2022/2023 no habrá nuevas bases o nueva normativa aplicable, por lo cual nos ceñiremos a lo establecido en la última convocatoria, cuyas bases vienen establecidas en la Resolución de 24 de agosto de 2021, de la Dirección General de la Policía. En el artículo 2 de la misma vienen los requisitos para el acceso al cuerpo, y en el mismo viene referido el Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, el cual incluye las causas de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional. Remitiéndonos a este Real Decreto, en su disposición derogatoria única se nos indica que “queda derogada la Orden de 11 de enero de 1988 por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, además de que en el Anexo, B.2.3 se nos indica que podrán ser causas de exclusión los “procesos y enfermedades infecciosas y parasitarias que, por la presencia de trastornos funcionales, por exigir un tratamiento continuo o por su contagiosidad menoscaban la capacidad para el normal desarrollo de las funciones policiales, evaluadas de forma individualizada y con informe emitido por la persona asesora médica designada”.

Nuestra recomendación sería que se presente a la oposición, ya que dicho cuadro médico de exclusión no existe actualmente en las bases de la convocatoria y únicamente necesitaría un informe favorable por parte de un médico. Si se da el caso de que aún así no se le permite acceder al cuerpo en base a ser portador de VIH, se estaría produciendo una vulneración de un derecho fundamental: el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El art.14 de la Constitución Española indica 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”, y aunque no haga referencia a la salud, entendemos que puede estar comprendida en aquella circunstancia personal o social.

La solución a esta situación sería interponer, en primer lugar, un recurso contencioso-administrativo contra la exclusión por razón de VIH. En segundo lugar, podría interponer un recurso judicial por vulneración del artículo 14 en el que todo el procedimiento judicial se vería fundamentado principalmente en el art.53.2 de la Constitución Española, el cual 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, 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”.

También se puede considerar vulnerado el art.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, además de que debido a la derogación de la Orden de 11 de enero de 1988 por la cual se establecía el cuadro de exclusiones médicas, le facilita mucho la entrada al Cuerpo Nacional de Policía. Únicamente debe presentarse y obtener un informe médico favorable, el cual acredite que aunque tenga VIH, esto no le supone un impedimento para el desarrollo de las funciones laborales que se le requieran.

Le agradecemos de nuevo la confianza depositada en la Clínica Legal y esperamos haberle sido de utilidad. No dude en volver a ponerse en contacto con nosotros si tiene alguna duda o consulta.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

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

-. Se cuestiona si se podría exigir responsabilidad civil o penal cuando la transmisión del VIH es a raíz del “bugchasing”. El “bugchasing” es una práctica mediante la cual se persigue la transmisión del VIH consintiendo las personas implicadas en la relación

la exposición riesgosa.

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

-. Unión Europea:

-. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403. Artículo 8. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>

-. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos. Diario de la Unión Europea, L 119/89, de 5 de mayo de 2016. Artículo 10. Disponible: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>

-. España:

-. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre 1978. Artículo 18.1. Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículos 149 y 152. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Artículo 1.4 y 9.4. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Gaceta de Madrid núm. 206, de 27 de julio de 1889. Artículo 1089. Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

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

-. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22009/93. Caso Z contra Finlandia. 3. Conclusión apartado C. 1, 2 y 3.

-. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 52019/07. Caso L.H. contra

Letonia, Sentencia de 29 de abril de 2014, apdo. 56.

-. Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1999-17663.pdf>

-. Tribunal Constitucional, sentencia 134/1999, de 15 de julio, FJ 5. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1989-4935.pdf>

-. Tribunal Supremo, sala segunda. Recurso de Casación núm. 1938/2010, sentencia número 528/2011 de 6 de junio de 2011, FJ 3. Disponible: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24c13003b2ec45c8c461e6ed1651b39c90#:~:text=Este%20precepto%20dispone%20que%20%2C%20ABLos,la%20Ley%2C%20a%20su%20causaci%C3%B3n.>

-. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Recurso de Casación núm. 1807/2018, sentencia número 690/2019 de 11 de marzo de 2020, FD 1.1 y 1.5. Disponible: <https://vlex.es/vid/842599177>

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

-.

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

-. Muñoz Cuesta, Francisco Javier (2020). “Delito de lesiones por contagio de VIH y COVID-19”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2020 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

-. Santiago Mir Puig e Iván Navas Mondaca (2011). Anuario de derecho y ciencias penales publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sección de jurisprudencia, Comentarios a la jurisprudencia penal, capítulo “Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción”, páginas 324-340.

### **Respuesta fundamentada**

Estimada usuaria,

Le agradecemos que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas, pues el estudio de su caso me permite completar mi formación como abogado. Su consulta plantea la cuestión sobre si sería posible exigir responsabilidad civil y penal por la transmisión del VIH fruto de una relación informada y consentida.

Para una contextualización más detallada de las relaciones sexuales, el VIH y sus connotaciones jurídicas, la ficha incluirá un apartado sobre cuestiones controvertidas (Bloque 1). En segundo lugar, se responderá a la cuestión principal (Bloque 2). Por tanto, la ficha se organizará de la siguiente forma:



1. Connotaciones jurídicas del VIH y las relaciones sexuales
  - a. La no obligación de desvelar el estado serológico
  - b. ¿Cuándo comunicarlo?
  - c. La exposición al riesgo de transmisión
2. La autopuesta en peligro en la transmisión del VIH, ¿Podría exigir responsabilidad penal o civil?
3. Conclusión

## **1. Connotaciones jurídicas del VIH y las relaciones sexuales**

### **a. La no obligación de desvelar el estado serológico**

Las personas con VIH poseen el poder de decidir si comunican o no su estado serológico. Esto es así porque son datos médicos personales, protegidos por el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad es el derecho a estar solo, a no ser molestado y lo más importante, a que no se conozca la esfera íntima de nuestras vidas. El derecho a la intimidad se consagra en el artículo 18.1 CE. Los Tribunales españoles entienden que el derecho a la intimidad se refiere al derecho a poseer una intimidad, a tener vida privada, a disponer de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y a su familia. En otras palabras, la intimidad es un objeto propiedad de la persona.

Mediante el derecho a la intimidad se garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o la de su familia, pudiendo imponer a otras personas su voluntad de no dar a conocer dicha información (STC 134/1999, de 15 de julio, f.j. 5). Es decir, el individuo decide si transmitir sus datos y a quién transmitir esos datos. El individuo controla su información personal. Se trata de un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos.

Sin embargo, el derecho fundamental a la intimidad tiene sus límites. Estos límites deben responder a una necesidad social imperiosa y ser adecuados y proporcionados para el logro de su propósito.

La delimitación del derecho a la intimidad se materializa mediante el consentimiento del propio titular. De esta forma se apela al principio de autonomía de la voluntad.

La limitación es, en cambio, mediante habilitación legal. En otras palabras, que la situación limitativa del derecho a la intimidad se contemple en la Ley. El límite, en este caso, cuando revelar el estado serológico a la/s persona/s parte de la relación, se explicará en el siguiente epígrafe.

### **a. ¿Cuándo comunicarlo?**

Los Tribunales expresan que ningún derecho es absoluto. Por lo tanto, el derecho a la intimidad no es un derecho ilimitado, tiene unos márgenes (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7). En el caso de las relaciones sexuales y el VIH el límite del derecho a la intimidad podría hallarse en las situaciones de riesgo.

Las situaciones de riesgo en las relaciones sexuales son aquellas en que la persona con VIH no tiene la carga viral suprimida y tampoco pone los medios de protección adecuados o el cuidado debido para evitar la transmisión, como es el uso del preservativo

Por lo tanto, si no se es indetectable y/o no se hace un uso adecuado del preservativo, habrá alguna probabilidad de transmisión para la persona durante la relación.

En estos casos se debe avisar a la persona o personas implicadas de la existencia del riesgo de transmisión para que puedan tomarse las medidas profilácticas post exposición y así evitar la transmisión del VIH. Cabe mencionar que la simple puesta en peligro, en España no conlleva responsabilidad penal, dado que para ello computan otra serie de elementos como la intencionalidad del contagio (ver epígrafe 2).

Por otro lado, aunque no sea obligatorio, la persona con VIH es libre de comunicar de forma previa a la relación sexual su estado serológico. De esta forma, si en la relación se dan elementos riesgosos y la compañía sexual los consiente, no existiría responsabilidad penal alguna (ver epígrafe 2).

### **b. La exposición al riesgo de transmisión**

En los primeros años de la pandemia del VIH, el diagnóstico solía ser de naturaleza letal y se conocía muy poco sobre el riesgo de transmisión. Por ello, la gente se asustaba de las personas seropositivas por miedo a la transmisión.

En la actualidad, existe un gran progreso en la prevención del VIH y en el acceso al tratamiento efectivo. Sin embargo, la estigmatización y la discriminación contra las personas con VIH sigue presente.

Las personas seropositivas encuentran barreras sociales en muchos ámbitos tras darse a conocer su estado serológico. Se conocen muchos casos sobre despidos laborales nulos a raíz de este estigma (p.ej., I.B. contra Gracia o I. contra Finlandia), o rechazo en el ámbito de las relaciones personales.

Esta clase de obstáculos es fruto del desconocimiento, puesto que existen evidencias científicas del éxito del tratamiento como prevención.

En este sentido, existe una regla nemotécnica al respecto de las relaciones sexuales: “indetectable=intransmisible” (I=I). Significa que, si una persona que vive con el VIH permanece indetectable durante seis meses o más mientras está en tratamiento, no puede transmitir el VIH a través del sexo, esto es, incluso ante una situación de riesgo como la rotura del preservativo.

Las situaciones de riesgo son aquellas en las que una persona seropositiva no tiene la carga viral suprimida y por tanto existe probabilidad de transmisión. Es importante saber que en los estudios PARTNER se afirma que con cargas virales inferiores a 200 copias/ml es muy poco probable la transmisión. De hecho, el riesgo de transmisión con dicha carga viral es de 0,3%.

En resumen, la transmisión es posible, pero muy poco probable. Más aún, como se ha mencionado, no existe riesgo de transmisión si se mantiene la carga viral indetectable durante 6 meses.

## **2. La autopuesta en peligro en la transmisión del VIH, ¿Podría exigir responsabilidad penal o civil?**

Como se detallará en los siguientes párrafos, la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes, entre ellos la transmisión del VIH, se ubica en los delitos de lesiones de los artículos 147 y siguientes del Código Penal. Ello porque el tipo básico del delito de lesiones corporales admite cualquier medio o procedimiento

que acabe causando una lesión que menoscabe la integridad física o mental de una persona.

El Código Penal y la jurisprudencia castigan las acciones que como resultado causen lesiones a terceras personas. Esto se conoce como un delito de resultado. Por tanto, en el caso de delito de lesiones por transmisión de VIH, es esencial que el VIH se transmita para que pueda nacer el delito (se consume la acción).

En este punto, es crucial la existencia de consentimiento en la relación sexual con respecto a una posible situación riesgosa. Cuando los implicados poseen un adecuado conocimiento del riesgo se podrá consentir la relación de manera informada. Si la relación se consiente de manera informada, no habría responsabilidad penal. Es lo que se conoce como la autopuesta en peligro consentida (Claus Roxin, 1973), es decir, una persona asume el riesgo de sufrir un daño por una acción creada por una tercera persona o ella misma.

En otros términos, la autopuesta en peligro excluye la responsabilidad penal del presunto autor porque la “víctima” decide de manera voluntaria y libre ponerse en peligro y asumir sus consecuencias.

La autopuesta en peligro de la persona que asume el riesgo podría equivaler a una autolesión, lo cual, motivaría la inexistencia de responsabilidad criminal de la tercera persona que coopera en la acción. En el caso del “bug chasing”, la persona conoce la enfermedad vírica del tercero (VIH) y realiza actos en su cuerpo que motivan la transmisión. El tercero implicado, que tiene el virus, no tiene iniciativa de transmisión, sino que es la otra parte quien propicia el proceso de riesgo y controla la acción, es decir, asume las consecuencias. Ello conlleva la ausencia de responsabilidad criminal del tercero implicado porque, como se ha mencionado, se trataría de una autolesión de la otra parte.

Por otra parte, la responsabilidad penal se materializaría en la comisión del delito de lesiones del artículo 149 CP, por la transmisión efectiva del VIH. En caso de que la transmisión sea intencionada (y no consentida), se trataría de un delito doloso. En cambio, si no es intencionada, pero se asume esa posibilidad, podría ser un delito en grado de dolo eventual, esto es, haberse previsto que existía un riesgo y se confiaba en que no ocurriría, pero no se pone ningún medio para que no se produzca esa transmisión. En otras palabras, también existe responsabilidad penal cuando la persona con VIH sabe que hay situación de riesgo (altas probabilidades de transmisión) y lleva a cabo la acción, omitiendo informar a la otra persona y aceptando la persona con VIH que pueda suceder la transmisión (STS 1218/2011). Ello se conoce como dolo eventual.

A este respecto, para fundamentar la querrela o denuncia sería idónea la prueba filogenética. Esta prueba es una modalidad de obtención de muestras de ADN del presunto autor de los hechos. Se regula en los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En líneas general se expresa que, siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN.

Por otro lado, además de la responsabilidad penal, la transmisión del VIH también podría conllevar responsabilidad civil. Se distinguen dos tipos de responsabilidad: la

responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil derivada de delito.

La responsabilidad civil extracontractual conlleva indemnizar a la persona afectada por tercero a causa del daño material, psicológico o moral. No es necesaria la existencia de un contrato entre las partes, por ello se denomina extracontractual. Para hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual, tiene la posibilidad de, en virtud del artículo 249.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interponer una demanda (o acción) bajo la tutela del artículo 1089 del Código Civil y las correspondientes normas de valoración del daño. La estimación de la demanda se decidirá en juicio ordinario. Por lo general, es necesaria la intervención de abogado (art. 31 LEC).

Respecto a la responsabilidad civil derivada de delito, puede incluirse una acción civil junto a la querrela presentada y, si es procedente, el tribunal que conozca el asunto se pronunciará sobre la misma en la sentencia. Por otro lado, también puede iniciarse un procedimiento civil de forma separada, iniciando la vía de la responsabilidad civil extracontractual mencionada.

No obstante, en consideración con la información aportada a lo largo de la ficha, la persona que asume de manera informada las consecuencias de participar en una relación sexual riesgosa no podría reclamar responsabilidad alguna porque el tercero implicado es eximido de cualquier responsabilidad. La persona que asume la situación riesgosa es como si se autolesionara. Ello, a efectos de derecho penal, si la persona ha prestado su consentimiento de forma válida y eficaz para participar en la relación sexual de riesgo con una persona con VIH conllevaría la inimputabilidad del tercero, porque el Código Penal no castiga ni la participación dolosa ni imprudente en una autolesión intencional. En suma, la persona que no tiene VIH con intención de participar en una relación de riesgo con alguien que sí lo tiene, conociendo el alcance del riesgo de la misma, lo asume, lo cual, como se ha explicado, supone la ausencia de responsabilidad criminal la de persona con VIH.

### **3. Conclusión**

En conclusión, solo se derivaría responsabilidad de la situación en la cual la persona no tiene la carga viral suprimida y mantiene una relación sexual, con omisión de información, sin emplear las medidas necesarias para evitar la transmisión. Ello podría constituir una conducta imprudente a la luz del delito de lesiones del artículo 152 CP o, en su forma dolosa, por el 149 CP.

En otras palabras, si las personas implicadas en la relación son conocedoras del riesgo de transmisión y lo asumen, no cabría querrellarse ante los hechos ni reclamar responsabilidad civil en atención a la teoría de la autopuesta en peligro consentida.

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

- El usuario es enfermero profesional con especialidad en la rama de salud mental, es de Costa Rica y quiere trabajar en España. Tiene dudas sobre si tener VIH puede ser un impedimento para desarrollar su profesión en España.

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- **Europa** Reglamento (UE) 2018/1986 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación. Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de noviembre de 2018 núm. 303

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

Artículo 18. Derecho a la intimidad personal

- **España.** Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Publicada en el *Boletín Oficial de Estado* de 10 de noviembre núm. 269.

Artículo 22. Vigilancia de la salud

- **España.** Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de enero de 2000, núm. 10.

Artículo 30. Situación de estancia

Artículo 30 bis. Situación de residencia

Artículo 31. Situación de residencia temporal

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

Artículo 2. Principios básicos.

Artículo 7. Derecho a la intimidad

Artículo 8. Consentimiento informado

- **España.** Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificación para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto

Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de noviembre de 2014, núm. 283

Disposición adicional segunda. Especialidades en Ciencias de la Salud

Anexo I. Referencias para el procedimiento de homologación

-. **España.** Orden CIN/2134/2008, de 3 de julio, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Enfermero.

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

-.

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

-. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 196/2004 de 15 de noviembre.

**Hechos del caso:** Despido de una empleada por positivo en drogas. Realización de un test de drogas a la trabajadora durante el reconocimiento médico de empresa. No existía consentimiento de la empleada para este tipo de análisis ni estaba justificado por los riesgos laborales del cargo.

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

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

-.

## **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario, antes de nada, le queríamos su confianza en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, su consulta nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

Con el fin de dar respuesta a todos los puntos de su consulta, vamos a dividirla en cinco apartados:

1. Trabajar en España
2. Homologación del título
3. Personal sanitario y VIH
4. Obligación de informar sobre el estado serológico y exámenes médicos en el ámbito laboral.
5. Conclusión

### **1. Trabajar en España**



En primer lugar, los ciudadanos costarricenses no necesitan visado para viajar a España, aun así, es necesario cumplir una serie de requisitos. Toda persona que quiera viajar a España debe estar en posesión de pasaporte con una validez superior a tres meses.

- Viajes de carácter turístico o privado. Si usted tiene intención de entrar en España como turista es necesario que presente el documento que justifique donde se va a hospedar durante su estancia, bien la reserva del hotel o a través de una carta de invitación de una persona particular. Esta invitación tendrá que ser tramitada por la persona que le da hospedaje a través de la Comisaría de Policía correspondiente según el lugar de residencia. Será necesario que usted presente también el billete de avión acreditando su regreso. Usted deberá acreditar medios económicos suficientes que le permitan permanecer en España durante los 90 días. Esta cantidad será del 10% del salario mínimo interprofesional que en la actualidad es de 965 €uros/mes.
- Viaje de carácter profesional. En estos casos, se le podrá exigir, la invitación de la empresa o una autorización para participar en reuniones o convenciones, de carácter comercial o industrial. Documentación que acredite la existencia de una relación comercial o industrial (por ejemplo, un contrato de trabajo).
- Viajes de estudios u otro tipo de formación. En estos casos se le podrá exigir el documento que acredite que se ha matriculado en un centro de enseñanza.

Si, por ejemplo, llega a España como turista, esta autorización de residencia es temporal y tiene una duración máxima de 90 días por cada periodo de 180 días, esta autorización de residencia temporal no le da permiso para trabajar y pasados los 90 días usted se encontraría en situación irregular. Esta situación no es la más adecuada ya que no existe la posibilidad de ser contratado de forma legal, tan sólo podrá solicitar el permiso de residencia temporal si se encuentra en determinados supuestos tasados, como el arraigo laboral o social, cuando haya vivido o trabajado en España durante más de dos años, arraigo familiar si es hijo de padre o madre de origen español o por ejemplo colaborar con las autoridades.

Ya que su intención es trabajar en Sevilla, la mejor forma de viajar a España sería con una autorización de residencia temporal y trabajo. En este caso, la solicitud la tiene que realizar desde España la empresa que requiera sus servicios. Es necesario que usted no se encuentre en situación irregular en España y que no se encuentre dentro del plazo de compromiso de no retorno al país, no debe tener antecedentes penales y ni prohibida la entrada en España.

Además, es necesario que la contratación de ciudadanos extranjeros no esté suspendida por la Situación Nacional de Empleo, de darse el caso, se permite contratar a extranjeros cuando:

- La ocupación se encuentre contemplada en la lista de ocupaciones de difícil cobertura. Este listado es publicado por el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE) y se actualiza al trimestre.
- Se valore la contratación por la Oficina de Extranjería, en este caso es necesaria una certificación del SEPE donde se disponga que la oferta de empleo realizada por el empleador ha finalizado sin éxito.
- La contratación está dirigida a nacionales de Estados vinculados por acuerdos Internacionales, en la actualidad Chile y Perú.

- En aquellos casos reconocidos por la Ley:
  - Familiares reagrupados
  - Trabajadores necesarios para el montaje de determinadas instalaciones
  - Refugiados tras el cese de la aplicación del Convenio de Ginebra o apátridas
  - Extranjeros que cuiden de descendientes o ascendientes españoles
  - Hijos o nietos de españoles de origen
  - Titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada
  - Cobertura de plazas de confianza y directivos de empresas
  - Trabajadores contratados siguiendo el proceso de autorización de entrada, residencia y trabajo cuando concurren razones de interés económico, social y laboral.
  - Trabajadores que vayan a prestar sus servicios para una delegación española de su empresa

La empresa deberá presentar el contrato laboral conforme a la ley vigente firmado por las dos partes, el empleador debe estar inscrito en el régimen del sistema de Seguridad Social y encontrarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tanto tributarias como ante la Seguridad Social, así como contar con los medios económicos para afrontar las obligaciones asumidas en el contrato.

## **2. Homologación del título**

Otro trámite que usted tendrá que realizar antes de poder trabajar en España como enfermero es el de homologar su título a un título español, para poder tener acceso al ejercicio de la profesión.

En España la profesión de Enfermería se encuentra regulada y es necesario estar en posesión de los títulos necesario y la documentación pertinente para poder validar el título que usted logró en su país con la normativa española

Este proceso se puede realizar de forma telemática o presencial, en el primer caso usted debe acceder a la página <https://universidades.sede.gob.es/> y presentar la solicitud a través del botón de “Acceder al procedimiento”, en este apartado dispondrá de toda la información y requisitos necesarios para la homologación del título.

Entre la documentación necesaria para realizar el trámite necesita:

- Copia compulsada del documento que acredite su identidad y nacionalidad.
- Copia compulsada y apostillada del título legalizado
- Copia compulsada y apostillada de las notas
- Copia compulsada y apostillada de la certificación académica, donde tiene que figurar el plan de estudios, la carga horaria de las asignaturas, la duración oficial en años académicos
- Pago de las tasas de homologación de título de enfermería

Sí bien este trámite no es instantáneo, una vez que usted presente la documentación pertinente y realice los trámites exigidos, la resolución de la homologación de su título le será enviada en formato digital con firma electrónica. De forma excepcional podrá solicitar por escrito ante el departamento correspondiente del Ministerio de Universidades que desea que su credencial la envíen a la Consejería de Educación de la

Embajada de España de Costa Rica, para que usted proceda a retirarla.

### **3. Personal sanitario y VIH**

En primer lugar, es importante que sepa que en la legislación española no existen normas legales específicas que establezcan ningún tipo de restricción a las personas con VIH que desempeñen su ámbito profesional en el mundo sanitario. Aunque sí existen una serie de recomendaciones publicadas por el Ministerio de Sanidad dirigidas al personal sanitario portador tanto de VIH como de otros virus que se transmiten por la sangre.

En las recomendaciones publicadas por el Ministerio de Sanidad se propone que las personas con VIH o enfermedades de transmisión por la sangre sean calificadas en tres grupos. Un primer grupo engloba a todos aquellos trabajadores que no realizan procedimientos invasivos y aplican las medidas de prevención universales. En el segundo grupo se encuentran aquellos trabajadores sanitarios que procedimientos invasivos no incluidos entre los que pueden predisponer a exposiciones accidentales y que aplican en su trabajo las Precauciones Universales y por último en el tercer grupo se encuentran aquellos sanitarios que realizan procedimientos invasores con riesgo de exposición accidental.

En cuanto a este tercer grupo y en el caso específico de las personas con VIH, las recomendaciones del Ministerio de Sanidad reconocen que el bajo riesgo de transmisión del VIH de un profesional sanitario a su paciente no justificaría que el profesional sea apartado de su puesto. Por lo que esta situación solo se dará, cuando su actividad se encuentre encuadrada dentro del tercer grupo y se realice una valoración individualizada, teniendo en cuenta otros factores determinantes y no tanto el hecho de tener VIH.

Por tanto, según puede observar en un principio no existe impedimento a que usted pueda desarrollar su actividad profesional en España teniendo VIH. La enfermedad tan solo podría llegar a ser un problema en el caso en que su actividad profesional se encuadre dentro de aquel grupo en el que exista un alto riesgo de exposición accidental y su situación médica, psicológica o personal recomiende no realizar esta determinada actividad.

### **4. Obligación de informar sobre el estado serológico y exámenes médicos en el ámbito laboral.**

La Constitución Española garantiza nuestro derecho a la intimidad, por lo que, a excepción de determinados casos, las personas con VIH no tienen la obligación de informar a sus empleadores sobre su estado de salud, ya que, esta información pertenece a la esfera privada del trabajador. Este derecho a no informar sobre nuestro estado serológico también afecta a nuestros pacientes.

En el ámbito sanitario, sería recomendable informar al empleador sobre el estado serológico cuando el nivel de carga viral pueda afectar a determinadas tareas esenciales de nuestro trabajo. Ya que, esta situación puede comprometer la salud de terceras personas, aun cuando tomemos las medidas universales de prevención de la transmisión. Informar sobre esta situación busca que durante el periodo en el que la carga viral sea superior, se aumenten las medidas de prevención rutinarias como la utilización de guantes dobles o se eviten de forma temporal determinadas actividades

con más peligro de transmisión.

Por último, la Ley de Protección de Riesgos Laboral establece la obligación del empresario de garantizar la salud de los trabajadores a través de, entre otros, los reconocimientos médicos.

Como norma general, estos reconocimientos médicos son voluntarios, deben causar las menores molestias posibles al trabajador, deben ser proporcionadas al riesgo y deben incluir sólo aquellas pruebas encaminadas a garantizar nuestra salud en el ámbito laboral, tanto del trabajador como de terceras personas.

En el caso de las personas con VIH, como hemos dicho anteriormente no tienen la obligación de informar sobre su estado serológico lo que incluye, que, en el caso de que en el reconocimiento médico la empresa incluya la prueba de VIH, el trabajador debe ser informado y consentir la realización de la prueba específica.

En relación al derecho del trabajador a ser informado y consentir sobre las pruebas médicas que le realicen en el ámbito del reconocimiento médico laboral, en Tribunal Constitucional en diversas ocasiones y ha establecido que cuando se realicen pruebas que, sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, puedan afectar a la intimidad personal de éste requieren su consentimiento expreso.

Como hemos dicho anteriormente, los reconocimientos médicos se encuentran enfocados a garantizar la salud del trabajador en el ámbito laboral, por tanto, incluir la prueba de VIH en un examen médico solo tendría sentido cuando exista un riesgo real de transmisión, es decir, en el ámbito sanitario, cuando realicemos procedimientos invasivos a pacientes donde exista riesgo de exposición accidental.

## **5. Conclusión**

Cómo ha podido observar en las líneas anteriores, tener VIH no es una limitación para trabajar en el ámbito sanitario en España, tan solo cuando el personal sanitario realice una actividad que por sí sola pueda predisponer la exposición al paciente y su carga viral sea elevada, es recomendable dejar de realizar de forma temporal dicha actividad, con el fin de evitar la exposición del tercero.

Por otra parte, usted tiene derecho a no informar sobre su estado serológico y en el caso de que le realicen un reconocimiento médico en el ámbito laboral, debe tener en cuenta que este no es obligatorio y que en el caso de que le realicen la prueba de VIH, debe tener su consentimiento explícito.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

**Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato)**

### **los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)**

- La consulta es realizada por una persona VIH positivo que contactó con una clínica presente en España y Turquía para solicitar información sobre un implante capilar. En ella le fue comunicado que el precio sería más elevado al tener VIH positivo y que debía enviar unas fotografías. Al hacerlo y al informar nuevamente su estado serológico indetectable, fue increpado. Por ello, desea saber qué opciones tiene para ver tutelados sus derechos.

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

- Sería conveniente conocer si la clínica tiene sede en nuestro país o si solo está presente en Turquía. Si solo tiene presencia en Turquía, sería preciso conocer cómo ha accedido usted a la información del servicio, por ejemplo, si ha visto un anuncio o si la ha buscado por internet.

- Por otro lado, también nos gustaría pedirle que nos enviase el audio que le mandó la persona con la que habló, si esto fuera posible. De esta manera, podemos analizar sus palabras para observar si dan lugar a responsabilidad personal o si con ellas ha cometido algún delito.

### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- Constitución española. Artículo 14 (sobre el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación). Artículo 18 (sobre el derecho fundamental a la intimidad). Artículo 24 (sobre el derecho a tutela judicial efectiva). Artículo 53.2 (sobre la preferencia y sumariedad en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales). Artículo 119 (sobre la justicia gratuita).

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 110.3 (sobre la responsabilidad civil derivada del delito). Artículo 512 (el delito de denegación discriminatoria de una prestación).

- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Artículo 2 (sobre la prohibición de discriminación por el estado serológico, sobre las características que debe cumplir una diferencia de trato para no ser constitutiva de discriminación y sobre la discriminación por razón de enfermedad).

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

- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Artículo 41 (sobre la revisión de los laudos).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículo 23 y 31 (sobre la representación obligatoria por abogado y procurador). Artículo 52.6º (sobre el tribunal

competente). Artículo 249.1.2º (sobre el juicio ordinario).

-. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Artículo 2 (sobre los titulares de la asistencia jurídica gratuita). Artículo 3 (sobre los recursos máximos para disfrutar de la justicia gratuita). Artículo 5 (sobre los casos excepcionales en los que se puede reconocer el derecho).

-. 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. Artículo 3.2 (definición de consumidor vulnerable). Artículo 8.2 (sobre la especial protección de los consumidores vulnerables). Artículo 47.1 1) (la discriminación de consumidores vulnerables como infracción). Disposición adicional única (sobre la nulidad de las cláusulas discriminatorias de personas con VIH). Artículos 57 y 58 (sobre el arbitraje de consumo). Artículo 147 (sobre la responsabilidad de los profesionales frente a los consumidores).

-. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 111 (sobre la posibilidad de ejercitar la acción civil en el proceso penal). Artículo 116 (sobre la no extinción de la responsabilidad civil por la declaración de no haber existido conducta delictiva). Artículo 259 y siguiente (sobre la denuncia). Artículo 270 y siguientes (sobre la querrela).

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 1101 (sobre la responsabilidad contractual). Artículo 1106 (sobre los daños indemnizables). Artículo 1902 (sobre la responsabilidad extracontractual).

-. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

-. Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid. Artículo. 3.1 f). Sobre el derecho a la protección de los derechos de los consumidores.

-. Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías. (País Vasco). Artículo 4.1 c). Sobre el derecho a la protección de los derechos de los consumidores.

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

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008 de 26 de mayo (fundamento jurídico 5). Sobre si el estado de salud de la persona se encuentra protegido por el artículo 14 de la Constitución española.

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001 de 4 de octubre (fundamento jurídico 4). Sobre las condiciones que deben cumplir las desigualdades de trato para respetar lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española.

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004 de 4 de marzo. (fundamento jurídico 2). Sobre las condiciones que deben cumplir las desigualdades de trato para respetar lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española.

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005 de 17 de enero (fundamento jurídico 2). Sobre la imposibilidad de imponer recurso de amparo contra los laudos arbitrales.



- Sentencia del Tribunal Supremo 907/2022 de 9 de marzo. Fundamento jurídico Tercero. Sobre los daños morales en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3908/2017 de 5 de octubre. Fundamento jurídico Segundo. Sobre los daños morales en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales.
- Sentencia del Tribunal Supremo 522/2009 de 22 de junio (fundamento jurídico 4 a). Sobre la equiparación del laudo a una resolución judicial.
- Sentencia del Tribunal Supremo 522/2009 de 22 de junio (fundamento jurídico 4 a). Sobre la equiparación del laudo a una resolución judicial.

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

-.

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

- <https://www.fiscal.es/fiscal%20C3%ADas-territoriales>

Sobre las delegaciones territoriales del Ministerio Fiscal.

### **Respuesta fundamentada**

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir información legal.

Para poder darle una respuesta completa y fundamentada vamos a analizar, en primer lugar, si su caso se encuentra amparado en el principio de igualdad y si en efecto la clínica ha actuado de forma discriminatoria al solicitar un sobrecoste para su operación. A continuación, analizaremos si tiene alguna relevancia que la clínica realice los servicios en Turquía y otras justificaciones que puede ofrecer. Por último, estudiaremos las vías por las cuales puede ver tutelados sus derechos, la posibilidad de acceder a la justicia gratuita en nuestro país y cómo se ha visto afectado en su caso el derecho fundamental a la intimidad.

El artículo 14 de la Constitución española recoge el derecho fundamental a la no discriminación. A partir de él, se prohíbe toda discriminación *por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. De esta manera, establece una serie de casos concretos en los que se prohíbe la discriminación: sexo, raza, religión... Sin embargo, también introduce una cláusula abierta al mencionar *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Así, aunque las enfermedades crónicas no aparezcan mencionadas expresamente como una de las razones por las que una persona puede ser discriminada, estas pueden interpretarse dentro de la cláusula abierta, de tal manera que se encuentren protegidas por este derecho fundamental. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en su

Sentencia 62/2008.

En concreto, el Tribunal en su resolución considera que, para que un comportamiento de lugar a la discriminación prohibida del artículo 14 de la Constitución, debe consistir en una diferenciación o segregación odiosa por una condición innata de la persona o por el ejercicio de su libertad. De esta manera, entiende que cabe la discriminación por el estado de salud de la persona en los términos constitucionalmente prohibidos. Es por ello por lo que la reciente Ley 15/2022 ha incorporado dicho criterio estableciendo en su artículo 2.1 la prohibición de discriminación, entre otras circunstancias, por el estado serológico.

Para que se incumpla el principio de igualdad, es preciso que exista un comportamiento distinto para situaciones homogéneas o comparables. Por lo que respecta a su caso, es claro que ha existido una diferencia de trato con respecto al resto de personas que solicitan información, pues se le ha impuesto un coste superior únicamente por su estado serológico. Esto es, al resto de personas se le aplica una tabla o unos precios generales, pero a usted por tener VIH positivo se le ha ofrecido la misma operación con un coste más elevado.

Sin embargo, no todas las diferencias de trato infringen el principio de igualdad del artículo 14, pues el Tribunal Constitucional las admite si cumplen ciertos requisitos. Para resultar constitucional debe, en primer lugar, ser fundada, es decir, debe justificarse en criterios objetivos y ser razonable. Además, en segundo lugar, el resultado conseguido con la diferencia de trato ha de ser proporcionado con respecto a la finalidad que se persigue y a los criterios que la justifican. En concreto, el Tribunal Constitucional acoge este razonamiento en sentencias como la 27/2004 o 200/2001. Asimismo, este criterio ha sido confirmado por la reciente Ley 15/2022. En concreto, su artículo 2 determina que podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferencia sean razonables y objetivos y se persiga lograr un propósito legítimo, así como cuando lo establezca una ley.

Así, debemos analizar si dichas notas se cumplen en su caso concreto y observar si la denegación de la intervención fue lícita o si, por el contrario, dio lugar a un comportamiento discriminatorio prohibido por el artículo 14 de la Constitución española. En cuanto a si la distinción se encontraba justificada por razones objetivas y razonables, la respuesta ha de ser negativa. Todas las operaciones han de seguir unas medidas de seguridad para prevenir el riesgo de transmisión de cualquier enfermedad. De esta manera, al intervenir a cualquier persona, todo el personal sanitario interviniente ha de seguir unas normas para prevenir todo tipo de infección (el uso de guantes, el empleo de material estéril...). Es por ello por lo que, si estas se aplican, el riesgo de transmisión es muy reducido, sea una persona con VIH u otra persona con otro tipo de patología infecciosa o sin ella.

Partiendo de la base de que el riesgo de transmisión del VIH es muy reducido si se aplican las medidas de prevención universal que deben seguirse en todas las operaciones, no tendría sentido un sobrecoste. Es decir, si con las medidas de prevención generales es suficiente para sortear el riesgo de infección de VIH, no puede alegarse el seguimiento de un procedimiento diferente con un precio más elevado. De esta forma, el comportamiento diferente no estaría justificado por criterios objetivos y, sería discriminatorio. Igualmente, la clínica no ha detallado las medidas de prevención especiales que van a emplear con motivo de su estado serológico, simplemente se ha

limitado a ofrecer un presupuesto más elevado. Así entendemos que el sobre coste no tiene más causa que su condición de salud. Realmente no han entrado a valorar un mayor o menor riesgo.

Además, el artículo 2.3 de la Ley 15/2022 establece que la enfermedad solo podrá suponer las diferencias de trato que se deriven del tratamiento de la misma, las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o las exigidas por necesidades de salud pública, siendo discriminatorias todas las demás. Su caso no se enmarca en ninguna de ellas, pues el comportamiento diferente no se ha referido a su tratamiento, no hay circunstancias objetivas por las que usted no puede someterse a la intervención (no existe riesgo en caso de que se establezcan las medidas adecuadas) y no es una cuestión de salud pública. Así, siguiendo lo dispuesto en este artículo también podemos determinar que ha sufrido una discriminación.

En muchas ocasiones las clínicas justifican la denegación porque existe una contraindicación del tratamiento antirretroviral para la efectividad del implante capilar. Sin embargo y en este supuesto, la diferencia de trato tampoco se encontraría justificada. Es usted quien, con toda la información precisa, debe tomar la decisión de someterse a la intervención o no hacerlo, siguiendo los principios de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. Así, este motivo tampoco respeta el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional.

De esta forma, al haber sido víctima de una diferencia de trato no justificada con causa en su enfermedad, usted se encontraría protegido por el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución que venimos analizando. Sin embargo, la clínica puede intentar justificar su comportamiento alegando dos motivos, los cuales vamos a analizar en los siguientes párrafos.

En primer lugar, pueden tratar de defender su postura alegando que la intervención va a llevarse a cabo en Turquía, lugar en el que rige una legislación diferente. No obstante, este argumento no es válido. Quienes han ofrecido un sobre coste para su intervención por tener VIH positivo han sido los doctores de la clínica en España, es decir, su derecho se ha visto vulnerado en sede española, no en Turquía. Además, siguiendo el artículo 6 del Reglamento de Roma I, la legislación aplicable a los contratos de consumo es la del domicilio del consumidor, en su caso la española. Dicho artículo establece que siempre que el profesional (la clínica) ejerza o dirija sus actividades al país del consumidor, debe aplicarse dicha legislación. No sería relevante que la operación tuviera lugar en Turquía siempre que la clínica tenga una sede en España o dirija por cualquier otro medio sus actividades comerciales a nuestro país. De esta manera, al haber accedido al servicio desde España, la legislación aplicable es la española, por lo que la clínica no puede vulnerar con su comportamiento los derechos reconocidos en la Constitución.

Asimismo, aunque no lo fuera, el derecho fundamental a la no discriminación actúa como una norma de orden público, como una norma imperativa o de policía. De esta manera, aunque se aplicara la legislación turca en nuestro país, debería respetar el principio de igualdad, aun siendo contraria a él. El motivo se encuentra en se trata de un principio tan básico e imprescindible en nuestro orden jurídico (el conjunto de normas) que los tribunales españoles no pueden contradecirlo aplicando la ley de otro país.

En segundo lugar, en numerosas ocasiones las clínicas justifican este tipo de comportamientos discriminatorios en que están siguiendo su protocolo interno. No obstante, este argumento tampoco puede sostenerse. Ningún protocolo interno puede ser contrario a los derechos de la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la Constitución. Siguiendo el artículo 9.1 de la misma, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (la normativa que rige en España). De esta manera, no puede justificarse una discriminación que vulnera un derecho constitucional únicamente en que se está siguiendo su protocolo interno.

De hecho, usted como consumidor se encuentra protegido por una legislación especial, la cual no tendría sentido si los establecimientos públicos o comercios tuvieran completa libertad basándose en sus protocolos y prácticas habituales. Esta legislación especial es la denominada “legislación de consumo” y se encuentra integrada por la normativa estatal, cuyo centro es la Ley General para la Defensa del Consumidor y del Usuario, y por normativa autonómica, la cual varía en función de la Comunidad autónoma en la que resida.

En concreto, es posible pensar que usted puede ser considerado consumidor vulnerable. El consumidor vulnerable se encuentra definido en el artículo 3.2 de la Ley de defensa del consumidor y del usuario como aquella persona física que por sus circunstancias sociales, personales, económicas o educativas se halla en una especial situación de indefensión con respecto al resto de consumidores. Para ser considerado como tal, no es necesario que la persona no pueda ejercer sus derechos, sino que no pueda hacerlo en situación de igualdad con respecto al resto de personas. Es posible pensar que usted se encuentra en esa especial situación de indefensión, pues en muchas ocasiones las personas con VIH positivo son víctimas de situaciones discriminatorias en el ámbito del consumo, por ejemplo, en servicios relacionados con la salud (como ocurre en su caso) o en materia de seguros. Así, tal y como determina el artículo 8.2 de la Ley para la defensa del consumidor y del usuario, los consumidores vulnerables deben gozar de una especial protección de sus derechos, lo cual puede regularse en normativa específica de consumo. En concreto, la ley reconoce la especial protección a las personas con VIH positivo en su disposición adicional única, cuando establece que las cláusulas que les excluyan serán nulas. Además, su artículo 47.1 l) tipifica como infracción el comportamiento discriminatorio frente a consumidores vulnerables.

Aun si no se considerara que usted puede integrarse en la definición de consumidor vulnerable, seguiría encontrando protección como consumidor. Tanto el artículo 8.1 f) de la Ley de defensa del consumidor, como la normativa autonómica sobre consumo, reconocen el derecho a la tutela de sus derechos mediante procedimientos eficaces. No conocemos la Comunidad Autónoma en la que tuvieron lugar los hechos, pero podemos citar como ejemplo la protección prevista en el artículo 3.1 f) de la Ley 11/1998 de la de la Comunidad de Madrid, en la que además se menciona específicamente las situaciones de discriminación, o la reconocida en el artículo 4.1 c) de la Ley 6/2003 del País Vasco. De esta forma, aunque se preste especial atención a la protección de los derechos de los consumidores vulnerables, el resto de los consumidores tiene también derecho a dicha protección.

Así, con su comportamiento discriminatorio, la clínica ostenta responsabilidad civil frente a usted. La responsabilidad puede ser de dos tipos: contractual o

extracontractual. La contractual deriva del incumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratos celebrados y se prevé en el artículo 1101 del Código Civil. A partir de ella, en caso de que una de las partes no cumpla con alguna de las obligaciones que contrajo por el contrato con dolo, culpa o morosidad (con intención, con culpa o de forma tardía), la otra parte puede solicitar que se le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados. Por otro lado, existe la llamada responsabilidad extracontractual, la cual deriva de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil. En concreto, establece que todo aquel que de forma culpable o negligente cause un daño a otro estará obligado a repararlo. Esta última se refiere a los daños ocasionados fuera de las relaciones contractuales, es decir, todos los casos en los que ha habido un daño ajeno al cumplimiento de un contrato.

En su caso particular, entendemos que todavía no ha llegado a formalizar un contrato, sino que se encontraba en la fase previa de solicitud de información. De esta manera, la responsabilidad que ostenta la clínica frente a usted es la extracontractual.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil y el artículo 147 de la Ley de Protección del Consumidor y Usuario, la clínica debe resarcir los daños ocasionados a la parte contratante (usted). Los daños indemnizables pueden ser tanto materiales (tal y como señala el artículo 1106 del Código Civil) como morales. Dentro de los materiales se encuentra el daño emergente y el lucro cesante. Para poder observarlos y analizarlos de una forma más clara debemos seguir el siguiente esquema:

- **Daños materiales.**
  - **Daño emergente.** El daño emergente se refiere al daño material o económico directo que sufre la persona. Por ejemplo, si usted hubiera abonado una fianza o un depósito, podría enmarcarse aquí. No obstante, entendemos que en su caso no ha habido lugar a este daño y, por tanto, no hay obligación de repararlo.
  - **Lucro cesante.** El lucro cesante hace referencia a las ganancias que se han dejado de percibir como consecuencia del incumplimiento contractual. Por ejemplo, son lucro cesante las pérdidas que sufre un vendedor cuando recibe las materias primas defectuosas y no puede vender el producto final. Este tipo de daños entendemos que no han tenido lugar en su caso.
- **Daños morales.** Por último, existen los llamados daños morales, los cuales puede entenderse que ha sufrido al haber sido víctima de un comportamiento discriminatorio. Tras diversos cambios de doctrina (criterio), el Tribunal Supremo actualmente entiende que los daños morales se encuentran íntimamente unidos a la vulneración de derechos fundamentales, de tal forma que, en la mayoría de las ocasiones que ha tenido lugar el comportamiento vulnerador, son exigibles. Además, establece que en los casos en los que es complicado probarlos y cuantificarlos, es el Tribunal quien, tras haberse probado que en efecto ha existido una vulneración de derechos fundamentales, debe acordar su cuantía. En concreto, podemos encontrar este razonamiento en las Sentencias del Tribunal Supremo 3908/2017 y 907/2022.

Por lo tanto, al exigir responsabilidad extracontractual a la clínica, usted puede solicitar únicamente la reparación de los daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación sufrido.

De esta manera, es preciso atender a las vías por las que se puede hacer efectivos sus



derechos y analizar sus características, para así poder decantarse por la que mejor se ajuste a sus intereses.

La primera de ellas es el llamado arbitraje de consumo, el cual aparece regulado en los artículos 57 y 58 de la Ley para la defensa del Consumidor, así como en el Real Decreto 231/2008 y la Ley 60/2003 de Arbitraje. Es un mecanismo de resolución de conflictos extrajudicial (diferente a la vía judicial) gratuito y voluntario entre el consumidor y la empresa. Cuando existe un conflicto de este tipo, las partes pueden decidir de forma voluntaria dejarlo en manos del llamado “árbitro”, el cual otorgará una solución que deben cumplir. De esta manera, someterse al arbitraje es voluntario, pero una vez se acepte, se ha de acatar la decisión del árbitro, la cual recibe el nombre de laudo.

Dicho laudo produce los mismos efectos que una resolución judicial (una sentencia), tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 522/2009. Aunque la resolución tiene los mismos efectos que una decisión de un juez, el propio procedimiento de arbitraje tiene ciertas ventajas sobre el judicial: es un procedimiento gratuito en el que no es necesario contar con abogado ni procurador y es más rápido y sencillo por norma general.

Sin embargo, también tiene ciertas desventajas. En concreto, el arbitraje excluye la vía judicial, esto es, si tanto ustedes como la clínica deciden someterse a este servicio, no pueden acudir después a los juzgados salvo supuestos excepcionales. Así, si no están de acuerdo con lo que dicta el árbitro, no tendrían recurso alguno y deberían acatarlo. Únicamente podría solicitarse la anulación del laudo en los casos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje. Algunos de ellos son la falta de aceptación del sometimiento del conflicto al arbitraje o que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones que no le fueron asignadas. Contra los laudos arbitrales no cabe siquiera recurso frente al Tribunal Constitucional, tal y como afirmó en su Sentencia 9/2005.

Otro obstáculo para poder emplear este mecanismo es que las empresas deben aceptarlo, es decir, deben estar dispuestas a que un árbitro decida sobre la cuestión que usted plantea, lo cual es improbable que ocurra en su caso.

De todas formas, en caso de que usted decida decantarse por dicha vía, debe presentar la solicitud de arbitraje por escrito en una de las Oficina de Información al Consumidor con las que cuentan los ayuntamientos, en la Dirección General de Comercio y Consumo de su Comunidad Autónoma o por internet. En las oficinas presenciales también puede solicitar orientación o asesoramiento.

La otra vía por la que hacer efectivo su derecho es la judicial. En concreto, podrá dirigirse al Juzgado de Primera Instancia que corresponda con su domicilio, tal y como señala el artículo 52. 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El procedimiento por el que usted puede ver tutelados sus derechos es el llamado juicio ordinario, según el artículo 249.1. 2º de la misma ley, el cual debe iniciarse mediante demanda.

Pese a que esta vía tiene la ventaja sobre el arbitraje de que, si no se está de acuerdo con la resolución judicial, cabe interponer recurso, existen otras desventajas. La primera de ellas es que es significativamente más compleja. Aunque el artículo 53.2 de la Constitución española establezca que los procedimientos de tutela de derechos fundamentales se basan en los principios de “preferencia y sumariedad”, la Ley de Enjuiciamiento Civil no recoge un procedimiento más rápido y simple (sumario), sino



que apunta al juicio ordinario. Así, el procedimiento elegido es uno más largo y con más trámites que otros existentes. Sin embargo, tal y como dice el artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí que se tramitan de forma preferente, esto es, tienen preferencia frente a otros asuntos que llegan al juzgado.

La segunda desventaja es que, en esta vía y según los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es obligatorio estar representado mediante abogado y procurador, lo cual supone un coste económico a tener en cuenta.

Además de la responsabilidad civil extracontractual analizada, debemos hacer especial énfasis en la vía penal (judicial), por la cual nos consultó en el correo electrónico.

Es posible entender que la persona con la que usted contactó por teléfono cometió el delito previsto en el artículo 512 del Código Penal. Dicho artículo impone las penas de inhabilitación para su profesión de uno a cuatro años a aquellas personas que, en el ejercicio de su profesión, denegaren a otras una prestación por motivos discriminatorios. Pese a que no hemos tenido oportunidad de escuchar y analizar el audio que le envió, podemos llegar a la conclusión que, mediante él, la trabajadora de la clínica denegó o puso trabas al acceso al servicio por un supuesto riesgo elevado de infección. Por tanto, es necesario tener en cuenta la posible comisión de dicho delito.

Para poder acudir a la vía penal por haber sufrido este delito, puede presentar tanto una denuncia como una querrela. Mediante la denuncia, usted pondría en conocimiento del órgano ante quien la interponga la posible comisión de un delito para que este inicie las investigaciones correspondientes. Este es el medio por el cual nos preguntaba en su consulta. La denuncia puede presentarse en cualquier comisaría de policía, en el Juzgado de Paz, de Instrucción o de Guardia o ante el Ministerio Fiscal y se regula en los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para poder presentarla ante la fiscalía (tal y como nos consultaba) debe dirigirse a la delegación territorial más cercana, cuyos datos de contacto se pueden consultar en el siguiente enlace: <https://www.fiscal.es/fiscal%C3%ADas-territoriales>.

En cambio, la querrela, ha de presentarse ante el Juez de Instrucción competente y es necesaria para mostrarse como parte en el proceso. Se regula en los artículos 270 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y para interponerla es necesaria la asistencia de abogado y procurador.

Dentro del mismo proceso penal, en caso de que se entienda que existió un delito, también se puede exigir la responsabilidad civil y la indemnización de daños y perjuicios analizada anteriormente, tal y como afirma el artículo 110.3 del Código Penal y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta es una manera de unificar ambos procedimientos y que la víctima del delito pueda ver reparado el daño de forma más rápida y eficaz. Así, las acciones se acumularían y no se podrían solicitar por las vías señaladas anteriormente. Por el contrario, en caso de que se considere que el comportamiento de la clínica no fue delictivo, puede seguir exigiéndose la reparación del daño por la vía civil extracontractual a la que hacíamos referencia en las páginas anteriores, tal y como afirma el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es posible que no exista delito, pero sí responsabilidad civil y un daño que reparar.

Como hemos visto para acudir a algunas de las vías es necesario estar representado por abogado y procurador, por lo que es conveniente que usted tenga conocimiento de la existencia en España de la justicia gratuita y la posibilidad de obtener sin coste

económico los servicios de un abogado de oficio. Esta posibilidad tiene su origen en el artículo 24 de la Constitución Española, en el que se reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Además de en dicho artículo, aparece como principio constitucional en el artículo 119 de la Constitución. En él se establece que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, cuando la persona no cuente con recursos suficientes. Por ello, debemos analizar tanto la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita para ver quiénes tienen este derecho.

Tienen derecho a la justicia gratuita los ciudadanos españoles, europeos y extranjeros siempre que acrediten que no cuentan con recursos económicos suficientes, tal y como señala el artículo 2 a) de la Ley de asistencia jurídica gratuita. En concreto, su artículo 3 determina que se debe acreditar que se cuente con unos recursos e ingresos inferiores a:

- En caso de que no se encuentre en una unidad familiar, debe contar anualmente con unos ingresos inferiores a 13.968€ (dos veces el IPREM).
- En caso de encontrarse en una unidad familiar de tres miembros o menos, debe tener con unos ingresos anuales inferiores a 17.460,6 € (dos veces y media el IPREM).
- Si se incluye en una unidad familiar de cuatro miembros o más (familia numerosa), debe contar con menos ingresos anuales que 20.952,72 € (tres veces el IPREM).

Pese a que la gran mayoría de personas que acceden a la asistencia jurídica gratuita lo hacen a través del criterio económico, existen ciertos casos en los que se reconoce el derecho y que son independientes de sus ingresos. El artículo 5 prevé dos circunstancias en las que la Comisión de Asistencia Jurídica (la que valora las peticiones) puede, de forma excepcional, reconocer el derecho:

- En caso de que la persona que lo solicita sea ascendiente (padre o madre) de una familia numerosa de categoría especial (con cinco o más hijos) y que sus ingresos anuales sean inferiores a 34.920 euros (cinco veces el IPREM).
- En atención a la discapacidad u otras circunstancias de salud de la persona solicitante siempre que el procedimiento guarde relación con ellas. Esta vía normalmente era reconocida casi de forma exclusiva a las personas que habían sufrido un accidente de tráfico. En principio, su procedimiento guardaría relación con su estado de salud, por lo que podría intentarse acceder por esta vía. Sin embargo, como hemos visto, es la Comisión de Asistencia Jurídica la que valoraría el caso y decidiría.

El contenido del derecho a la justicia gratuita se encuentra en el artículo 6 de la Ley 1/1996 y se resumen en: el asesoramiento y orientación previos al proceso, la defensa y representación por abogado y procurador en el proceso judicial cuando sea obligatorio (en su caso), la asistencia de peritos... Es decir, incluye todos los actos y trámites necesarios para poder reclamar la defensa de sus intereses y derechos. Sin embargo, en los casos excepcionales del artículo 5, es la Comisión de Asistencia Jurídica la que al reconocer el derecho delimita su contenido, es decir, establece qué se encuentra incluido y qué no.

Para concluir con el informe, vamos a detenernos a analizar si usted estaba obligado a comunicar su estado serológico y si se encontraba justificado que la clínica lo preguntara. La consulta sobre su estado de salud es una acción que incide directamente

en su derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 de la Constitución española. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2009 al entender que los datos sobre la salud de la persona constituyen una información privada y altamente sensible, de tal manera que se incluyen dentro del ámbito protegido por el derecho constitucional.

Sin embargo, como hemos visto con el derecho fundamental a la no discriminación, los derechos no son absolutos, sino que pueden ceder si concurren determinadas circunstancias. En concreto, usted únicamente estaría obligado a contestarlo en caso de ser pertinente, esto es, en caso de encontrarse justificado por razones objetivas. De su consulta entendemos que usted todavía se encontraba en fases previas de información, en las que solicitó precio y consultó demás condiciones. De esta manera, si la clínica ha preguntado acerca de sus datos médicos en el primer momento, su comportamiento no puede ser justificado, pues no era pertinente en el momento en el que lo hizo. Aunque respaldaran su postura en que por su estado serológico era necesario iniciar un protocolo diferente, únicamente podrían solicitar información médica en fases previas a la intervención, no en el primer momento de solicitud de información. Su información médica es un dato privado que no tiene por qué comunicarlo en todas las clínicas en las que solicite precio. Por otro lado, como hemos observado, si se toman las medidas de seguridad universales, no existe un riesgo mayor, por lo que la consulta deberá estar justificada por otras razones objetivas. En conclusión, la información sobre su estado serológico se encuentra en el ámbito protegido por el artículo 18 de la Constitución española, por lo que únicamente pueden preguntarle sobre ella en caso de justificarse en razones objetivas, circunstancia que no se dio en su caso y por la que no estaba obligado a comunicarlo.

En resumen, la clínica al haber exigido un sobrecoste para el implante capilar con motivo de su estado serológico ha vulnerado su derecho fundamental a la no discriminación. Dicho comportamiento no se encuentra en ningún caso justificado por los argumentos analizados, por lo que usted se encuentra protegido por la legislación de consumo y puede exigir responsabilidad y la reparación del daño. De esta manera, existe tanto la vía arbitral como la judicial civil para ello. Asimismo, las personas con las que tuvo contacto han podido incurrir en responsabilidad penal, pudiendo haber cometido un delito, abriendo también así la vía penal. Es por ello por lo que es recomendable conocer la posibilidad de la justicia gratuita en nuestro país. Por último, también es preciso tener en cuenta el alcance del derecho a la intimidad y cómo afectó a su obligación de comunicar que tiene VIH positivo.

Esperamos que la información que le hemos ofrecido sea de utilidad y le invitamos a que, si necesita algún tipo de aclaración, contacte nuevamente con nosotros

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

**Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato)**

### **los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)**

-. Persona que tiene VPH acude a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá solicitando información sobre la posible responsabilidad penal y civil de su pareja, al tener sospechas de que le pueda haber transmitido el virus.

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

### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de noviembre de 1996, núm. 281.

- Artículo 109. Obligación de reparar los daños y perjuicios causados por la comisión de un delito.
- Artículo 114. Contribución de la víctima a la producción del daño.
- Artículo 147. Delito básico y leve de lesiones.
- Artículo 149. Delito agravado de lesiones.
- Artículo 152. Delito imprudente de lesiones.

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

- Artículo 1902. Obligación de reparar el daño producido de forma extracontractual.

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

-. España. Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2011, de 8 de noviembre de 2011, que resuelve el recurso 373/2011.

-. España. Sentencia del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre de 2017, que resuelve el recurso 2019/2016.

-. España. Sentencia del Tribunal Supremo 690/2019, 11 de marzo de 2020, que resuelve el recurso 1807/2018.

-. España. Sentencia del Tribunal Supremo 806/2020, de 11 de marzo de 2020, que resuelve el recurso 1807/2018.

-. España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1/2004, de 2 de enero de 2004, que resuelve el recurso 16/2003.

#### **3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos,**

## Comentarios Generales...)

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

-. Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC), “*El virus del papiloma humano (VPH) y el cáncer*”.

[https://www.cdc.gov/spanish/cancer/hpv/basic\\_info/index.htm](https://www.cdc.gov/spanish/cancer/hpv/basic_info/index.htm)

### Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría agradecer la confianza depositada en la Clínica Legal, ya que esto nos permite aprender y desarrollarnos profesionalmente.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en diferentes apartados. En el primero, le explicaremos la posible responsabilidad penal por la transmisión de una enfermedad sexualmente transmisible, como es el VPH. Posteriormente, en el segundo apartado analizaremos la responsabilidad civil derivada del delito, por un lado, y la responsabilidad civil extracontractual, por otro.

#### ÍNDICE

1. Responsabilidad penal en la transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles
  - 1.1. Relevancia penal de la transmisión y delito de lesiones
  - 1.2. La autopuesta y heteropuesta en peligro
  - 1.3. La relación de causalidad en la transmisión de enfermedades
2. Responsabilidad civil extracontractual y derivada del delito

#### **1. Responsabilidad penal en la transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles**

##### **1.1. Relevancia penal de la transmisión y delito de lesiones**

Primeramente, debemos analizar si la transmisión del Virus del Papiloma Humano (VPH, en adelante) tiene suficiente gravedad para poder castigarse penalmente o, por el contrario, carece de dicha especial gravedad y debe mantenerse al margen del Derecho Penal, de forma que sólo cabría reclamar los daños y perjuicios causados mediante la vía civil. La respuesta a esta cuestión no es sencilla, ya que el VPH es un grupo de más de doscientos virus, cuyos síntomas y gravedad varían mucho de un tipo a otro. Así, los tipos de VPH sexualmente transmisibles más peligrosos pueden llegar a producir cánceres en el cuello uterino, de vulva, vagina, pene, ano y orofaringe (en la parte posterior de la garganta, la lengua y las amígdalas), aunque cabe destacar que tales tipos cancerígenos no son los mismos que causan las verrugas



y que son poco frecuentes los casos de personas con VPH que desarrollan cáncer.

No obstante, cabe resaltar la jurisprudencia en la materia, la cual determina que la transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles gozan de relevancia penal y deberán ser castigadas mediante la figura del delito de lesiones. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2011, de 8 de Noviembre de 2011, señala que el delito básico de lesiones admite *“cualquier medio o procedimiento de causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, por lo que también se integra en la conducta típica el contagio o transmisión de una enfermedad a otra persona”*. Asimismo, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 806/2020, de 11 de marzo de 2020, también determina la relevancia penal de la transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles al decir que *“la consideración penal de esta realidad se aborda por el legislador a partir del derecho a la salud”* y que *“una actividad sexual sin adoptar la profilaxis sanitaria precisa cuando es requerida, no solo puede comportar la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, con consecuencias leves o transitorias para la salud humana en muchas ocasiones, sino que puede desembocar en graves resultados a largo plazo, incluso de tipo permanente, como infertilidad, enfermedades crónicas, carcinomas o muerte prematura, además de graves patologías verticales en el feto o en el recién nacido”*.

Una vez determinada la relevancia penal de tales transmisiones, debemos mencionar que el Código Penal español (CP, en adelante) recoge, en los artículos 147 y siguientes, el delito de lesiones y sus distintas manifestaciones, aplicable a los supuestos de transmisión de enfermedades graves. Así, el citado artículo 147 viene a regular, en su apartado primero, el delito básico de lesiones, estableciendo una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses al *“que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”*, siempre y cuando la lesión causada requiera tratamiento médico o quirúrgico para su curación.

Por otro lado, en aquellos casos en los que no sea necesario dicho tratamiento médico o quirúrgico para sanar la lesión, bastando la mera asistencia médica (diagnóstico y evaluación de la enfermedad, por ejemplo), estaremos ante un delito leve de lesiones, recogido en el segundo apartado del artículo y castigado con una pena de multa de uno a tres meses.

También cabe mencionar el artículo 149 del CP, que trata de aquellas lesiones de especial gravedad, dado que producen *“la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”*, de modo que su autor será castigado con una pena, también más grave, de prisión de seis a doce años.

Ahora bien, conviene destacar que todos los delitos mencionados anteriormente son delitos dolosos, en el sentido de que las lesiones causadas a la víctima son producidas de forma consciente e intencionada por el autor.

En cambio, el artículo 152 del citado CP viene a castigar esas mismas conductas cuando la lesión o, en nuestro caso, la transmisión de la enfermedad se produce de forma imprudente o no intencionada, ya se trate de imprudencia grave o menos grave. En este punto, conviene destacar que ambas imprudencias derivan del



incumplimiento por parte del sujeto de las normas de cuidado legalmente establecidas, es decir, de su falta de diligencia a la hora de emplear medidas que frenen el riesgo de cometer un delito. Ello no obstante, lo que nos permite diferenciar la imprudencia grave de la menos grave es justamente la gravedad y relevancia de tal falta de diligencia, así como indica el Tribunal Supremo (TS, en adelante) en su sentencia 805/2017, de 11 de Diciembre de 2017, al decir que *“mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)”*.

Expuestas las distintas posibilidades reguladas en el CP para castigar la transmisión de una enfermedad a otra persona, hemos de examinar cuál de ellas se aplicaría concretamente a su caso, es decir, si la transmisión del VPH por parte de su pareja puede considerarse un delito leve, básico o agravado de lesiones. Respecto a las dos primeras calificaciones (delito leve o básico), se aplicará uno u otro en función de si usted está realizando o no algún tipo de tratamiento médico. De este modo, conviene recordar que no existe tratamiento concreto para el VPH, aunque sí para algunos síntomas que presenta, como las verrugas o el cáncer, en los casos más graves y avanzados. Por tanto, si realiza tratamiento para las verrugas causadas por el VPH, ya podríamos considerar que existe intervención médica (y no mera asistencia) y que se trataría de un delito básico de lesiones del artículo 147 del CP.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el delito agravado del artículo 149 del CP en vez del delito básico de lesiones, debemos tener en cuenta que dicho delito agravado de lesiones sólo se aplica en caso de enfermedades que por su entidad podrían equipararse a la mutilación de miembros del cuerpo o a la pérdida de algún sentido, así como determina la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 1/2004, al indicar que *“por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales”*. Por consiguiente, sólo se aplicaría en aquellos casos de enfermedad crónica o que, por su gravedad, comprometa de forma grave la salud y la vida de una persona, como puede ser el VIH.

Finalmente, respecto a la cuestión de si se podría castigar la transmisión como delito doloso o imprudente, dependerá de si el autor ha empleado ciertas medidas para evitar la transmisión (en cuyo caso cabría aplicar delito imprudente de lesiones y, con ello, menor pena) o directamente no ha llevado a cabo ninguna actuación para impedir transmitir el virus, aun conociendo el riesgo de transmisión (por lo que se aplicaría el delito doloso de lesiones). En su caso, usted menciona que en ocasiones mantuvo relaciones sexuales sin protección con su pareja, por lo que debemos entender que no se aplica ninguna medida para frenar el riesgo de transmisión y, por tanto, habría delito doloso.

Una vez realizado el análisis de la legislación y jurisprudencia aplicable a los supuestos de transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles, conviene mencionar ahora la posibilidad de que con su actuación de mantener dichas relaciones sexuales sin protección estuviera aceptando el riesgo de contraer tales enfermedades.

Así, a continuación desarrollaremos una posible autopuesta o heteropuesta en peligro de su parte.

## **1.2. La autopuesta y la heteropuesta en peligro**

En primer lugar, hemos de mencionar que el hecho de mantener relaciones sexuales sin protección puede, en determinados supuestos, entenderse como consentimiento de la víctima en la transmisión de una enfermedad sexualmente transmisible, de forma que el autor de la transmisión puede no responder penalmente de la misma. Dichos supuestos abarcan las denominadas autopuesta y heteropuesta en peligro, que derivan de la figura del consentimiento informado, consistente en el conocimiento del riesgo por parte de la víctima y su consentimiento de la lesión, que sólo es válido cuando quien lo presta lo hace libre, consciente y ha sido previamente informado.

De esta forma, si la víctima no sólo conoce y consiente el riesgo de una conducta, sino que, además, lo controla, pudiendo aumentar o disminuir el peligro por sí misma, estaríamos ante un supuesto de autopuesta en peligro, aun cuando esté favorecida por un tercero. Por otro lado, en la heteropuesta en peligro, hay igualmente conocimiento y consentimiento del riesgo por la víctima, pero esta no lo controla, sino un tercero, que puede aumentar o disminuir el peligro a su voluntad.

La relevancia que tiene distinguir si estamos ante una autopuesta o heteropuesta en peligro al haber consentimiento en el riesgo de lesión reside en que en la primera no existe responsabilidad penal alguna por parte del tercero que contribuye a la autopuesta en peligro, ya que la única persona que puede controlar el daño que se vaya a producir es la propia víctima. En cambio, al tratarse de heteropuesta en peligro, el tercero es quien controla el riesgo y, por tanto, deberá ser castigado como autor de un delito de lesiones, aunque con una pena reducida por concurrir consentimiento de la víctima.

Ello no obstante, la jurisprudencia ha establecido que en ocasiones la heteropuesta en peligro puede no producir el delito de lesiones y equivaler a una simple autopuesta, dado que existen casos en los que tanto el tercero (posible autor del delito) como la víctima pueden controlar el riesgo. La transmisión de una enfermedad sexualmente transmisible es uno de dichos casos, por lo que no habrá responsabilidad penal en la transmisión del VIH si concurren los siguientes requisitos establecidos en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 806/2020:

- a) *“Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo;*
- b) *Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor;*
- c) *Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y*
- d) *Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable 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”.*

Consecuentemente, en su caso, al probar que usted desconocía que su pareja tenía el

VPH al tiempo de tener las relaciones sexuales sin protección, no se cumpliría el requisito de conocimiento del riesgo y, por consiguiente, no habría autopuesta o heteropuesta en peligro por su parte.

Ahora bien, conviene mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo 690/2019, que determina la ausencia de responsabilidad penal cuando existan indicios de que la víctima conoce y asume el riesgo de transmisión de la enfermedad. Concretamente, en dicha sentencia el Tribunal se pronuncia sobre un caso en el que la víctima había contraído el VIH al mantener relaciones sexuales con su pareja sin tomar las medidas de prevención oportunas, por lo que esta reclamaba la responsabilidad penal del mismo. Sin embargo, pese a que la víctima alegaba que no conocía la seropositividad de su pareja, el Tribunal decidió a favor de la absolución del acusado, una vez que existían una serie de indicios de que aquella sí era conocedora de la situación de salud de su pareja (como, por ejemplo, el hecho de que sus vecinos conocían y comentaban que el acusado tenía VIH). Así, debemos hacer hincapié en que pueden existir indicios que determinen la autopuesta en peligro de la persona que accede a tener relaciones sexuales sin protección y que, por tanto, obligan a que el juez dicte una sentencia favorable al reo.

Finalmente, explicados los supuestos de autopuesta y heteropuesta en peligro y la posible absolución por indicios, debemos proceder al análisis de la relación de causalidad en estos delitos de lesiones por transmisión de enfermedad sexualmente transmisible.

### **1.3. La relación de causalidad en la transmisión de enfermedades**

Por relación de causalidad, debemos entender el nexo que une una acción con la producción de un resultado castigado como delito. De este modo, en los delitos de lesiones por transmisión de enfermedad sexualmente transmisible se debe probar que el hecho de tener relaciones sexuales con una determinada persona produce directamente la transmisión de una enfermedad. Dicha prueba de que ha sido tal persona la que ha transmitido la enfermedad a otra resulta muy compleja, dado que abarca:

- a) Acreditar que la víctima padece la enfermedad de transmisión sexual mediante las pertinentes pruebas médicas;
- b) Acreditar que la persona que portaba la enfermedad sabía que la padecía, pues de lo contrario esta persona no podía prever de ninguna manera la transmisión y no habrá cometido ningún delito;
- c) Igualmente, debía saber los medios por los que se podía transmitir la enfermedad;
- d) Hay que demostrar que esta enfermedad se padece porque ha habido un contagio por parte de la persona a la que se pretende denunciar. En este sentido, habrá que acreditar que no se padecía antes y que no ha habido otra causa que haya podido producir el contagio.

En este punto, usted tendrá que probar que, efectivamente, ha contraído el VPH por mantener relaciones sexuales con esa pareja en concreto y no de otra anterior. Por tanto, conviene aclararle que el periodo de incubación de dicho virus, después del contacto sexual con una persona infectada, puede oscilar entre uno y veinte meses y

que, además, el virus puede permanecer inactivo o latente por meses o, incluso, años antes de que aparezcan verrugas u otros síntomas de infección por el VPH. Así, aunque no haya tenido relaciones sexuales durante meses antes de tenerlas con su actual pareja y que aparezcan los primeros signos de la infección, usted puede haber contraído el VPH de forma anterior y de otra pareja que tuvo.

Tras la exposición de la responsabilidad por la transmisión del VPH y otras enfermedades sexualmente transmisibles en el ámbito penal, a continuación desarrollaremos la responsabilidad civil, tanto derivada del delito como extracontractual, de la persona que transmite a otra dichas enfermedades.

## **2. Responsabilidad civil extracontractual y derivada del delito**

En este apartado le explicaremos la responsabilidad civil en la que puede incurrir su pareja por la transmisión del VPH. De este modo, nos encontramos ante dos posibilidades: la de reclamar la acción civil junto a la penal mediante una acumulación de acciones, de forma que el mismo juez que resolverá el proceso penal podrá determinar el pago de una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios producidos por la comisión del delito; y la de reclamar por medio de la responsabilidad civil extracontractual, que se da en los casos en los que existen daños y perjuicios producidos de forma ajena a la comisión de un delito o que se reclaman fuera de un proceso penal.

Por tanto, la responsabilidad civil derivada del delito consiste en la obligación de responder por los daños y perjuicios que se ocasionen a la víctima como consecuencia del delito que se cometa. Así, los artículos 109 y siguientes del CP señalan que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados.

Normalmente, la responsabilidad civil derivada del delito suele consistir en una indemnización cuya cuantía varía en función del daño producido y conforme a unos criterios objetivos establecidos. En cualquier caso, será la autoridad competente la encargada de establecer la cuantía de la indemnización. No obstante, es importante tener en cuenta el artículo 114 del CP que alude a la moderación del importe de la indemnización cuando la víctima hubiese contribuido a la producción del daño con su conducta, es decir, si afirma haber mantenido relaciones sexuales sin protección, el juez puede considerar que usted contribuyó a la producción del daño, y por ende, se puede ver reducido el importe de la indemnización.

Debemos matizar que, si lo desea, puede optar por no acumular la acción penal y la civil y reservarse el ejercicio de esta última una vez terminado el proceso penal. De esta forma, en vez de ejercitar tanto la acción penal y civil en un mismo proceso y de que el mismo juez resuelva sobre ambas cuestiones, se ejercitará primeramente la acción penal ante el juez competente y, una vez resuelta esta, cabrá presentar demanda en el órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver sobre la acción civil.

Por otra parte, en caso de que no exista responsabilidad penal o que solo quiera iniciar la vía civil por los daños y perjuicios ocasionados, nos encontraríamos ante la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual se regula en el artículo 1902 del Código Civil (CC, en adelante), que dispone lo siguiente: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o*

*negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.*

De modo que existe responsabilidad extracontractual cuando el daño se produce por una violación de los deberes generales de conducta, es decir, cuando no se emplee la diligencia que exige la naturaleza de la actividad realizada (por ejemplo, una persona que no utiliza preservativos al mantener relaciones sexuales, conociendo la posibilidad de transmitir una enfermedad, estaría causando un daño a otra por no emplear las medidas necesarias para impedir dicha transmisión).

Además, la responsabilidad extracontractual también comprende el daño moral que, aunque no se encuentre específicamente recogido en el Código Civil, tiene cabida en virtud del artículo 1902 del CC anteriormente mencionado. Dicho daño representa el impacto o sufrimiento psíquico que en la persona puede producir ciertas conductas, es decir, el daño psicológico que sufre una persona por una determinada actuación de un tercero.

En efecto, la responsabilidad extracontractual tiene por objeto reparar cualquier daño o perjuicio causado a terceros. No obstante, para que tenga lugar dicha responsabilidad, deberán cumplirse una serie de requisitos:

- a) Que la acción u omisión se deba a una actuación culposa o negligente, o bien derive de una actividad peligrosa;
- b) Que el daño causado sea real y efectivo;
- c) Que exista una relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño (las relaciones sexuales que mantuvo con su pareja y la transmisión del VPH, en su caso).

Por último, el procedimiento que se debe seguir es una demanda por responsabilidad civil contra el culpable o persona que haya causado el daño. Se trata de un procedimiento ante los tribunales de la jurisdicción civil donde se reclama la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados, bajo la asistencia de un abogado o procurador.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le rogamos que se ponga en contacto con nosotros nuevamente en caso de que siga existiendo cualquier duda.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

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

-. A la médico internista de una persona diagnosticada recientemente con VIH se le plantean una serie de dudas relacionadas sobre la situación legal del paciente a la hora de su deber de informar a las parejas sexuales anteriores y posteriores a ser diagnosticado con la enfermedad. El paciente tiene miedo sobre su responsabilidad penal, ya que mantuvo relaciones sexuales sin protección en el tiempo que comprende entre la serología y la cita médica para recibir los resultados.



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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

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

Artículo 15. Derecho a la integridad física.

Artículo 18. Derecho a la intimidad.

-. **España.** Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre de 1995, núm. 281.

Artículo 149 Delito de lesiones graves dolosas

Artículo 152 Delito de lesiones imprudentes

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

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

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

-. **España.** Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1218/2011, de 8 noviembre.

**Hechos del caso:** El Tribunal condena por un delito doloso de lesiones del artículo 149 CP a una persona con VIH que mantuvo relaciones sexuales sin protección con su pareja en varias ocasiones sin informarla sobre su estado serológico y a la que transmitió la enfermedad.

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

-. **España.** Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 528/2011, de 6 junio.

**Hechos del caso:** El Tribunal considera como imprudente la conducta de un hombre que, habiendo desarrollado SIDA, no se lo comunicó a su pareja y mantuvo relaciones sexuales con uso de preservativo que se rompió en varias ocasiones. El Tribunal entendió que no se puso la diligencia necesaria para evitar la ruptura del preservativo, lo que se concretó en la transmisión de la enfermedad y a la hija de ambos, fruto de esos contactos sexuales.



**Han sido utilizados los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo.**

**España.** Tribunal Supremo (Sala de los Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 54/2015, de 11 de febrero.

**Hechos del Caso.** El Tribunal condena al autor de un atropello por un delito de lesiones por imprudencia grave.

**España.** Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 690/2019, de 11 de marzo.

**Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Cuarto**

**Hechos del caso.** El Tribunal desestima el recurso presentado por una mujer a la que su pareja transmitió el VIH, al entender que existían indicios fundados sobre su conocimiento del estado serológico positivo de su pareja.. El Tribunal analiza la heteropuesta en peligro consentida, la autolesión y la posible responsabilidad penal del tercero causante del daño.

**Han sido utilizados los Fundamentos Jurídicos Primero, Segundo y Tercero.**

**España.** Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª). Sentencia núm. 381/2021 de 17 de noviembre.

**Hechos del caso.** El Tribunal condena a un hombre como autor de un delito de lesiones agravadas por transmitir el VIH a su pareja sentimental, con la que mantuvo relaciones sexuales sin protección ocultándole que era portador del virus.

**Han sido utilizados los Fundamentos Jurídicos Segundo.**

**España.** Tribunal Supremo (Sección Pleno). Sentencia núm. 421/2020 de 22 de julio.

**Hechos del caso.** Se debate si existe imprudencia grave o menos grave en un homicidio cometido con vehículo a motor.

**Han sido utilizados los Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto**

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

-.

-.

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

-. Gimbernat Ordeig, E. (2019). De nuevo sobre la heteropuesta en peligro consentida. En G. Portilla Contreras, F. Velásquez Velásquez (dirs.), *Un juez para la democracia*, Madrid, Dykinson (págs. 615-632)

-. Muñoz Cuesta, F. J (2020). Delito por contagio de VIH y Covid-19. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.

## **Respuesta fundamentada**

Estimada usuaria, antes de nada, le queríamos agradecer su confianza en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá; su consulta nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

Para empezar, debemos aclararle que nuestro Código Penal no tiene un delito específico que criminalice la transmisión del VIH como tal. Esta conducta queda encuadrada en los artículos 149.1 y 152 del texto legal, que prevé como delito de lesiones doloso o imprudente respectivamente, al que de manera intencionada o con falta de cuidado cause a una tercera persona una enfermedad grave, somática o psíquica imposible de curar, o que mantiene una secuela física relevante más allá de la curación.

La jurisprudencia ha entendido que el VIH encaja dentro de estos tipos penales, ya que cumple con los requisitos para considerarla una enfermedad grave. El VIH no solo causa una enfermedad crónica, sino que dependiendo del tratamiento y otras variables existe la posibilidad de desarrollar en un futuro la enfermedad del SIDA.

Ahora bien, para que exista responsabilidad penal en principio no es suficiente con que exista un riesgo de transmisión, sino que es necesario que se haya producido un resultado de lesión, es decir, que se haya transmitido el virus y que exista relación entre el virus de la persona con VIH y el de la pareja sexual. Para determinar la existencia o no de esta conexión es necesario realizar una prueba filogenética, que consiste en un minucioso análisis de las muestras de VIH que permite calcular la relación genética entre el virus transmisor y el receptor.

Con este punto de partida, a continuación le expondremos cuál sería la responsabilidad de su paciente respecto de una posible infección de VIH a una de sus parejas antes de conocer su estado serológico positivo, conforme a la consulta que nos ha realizado, pero también de ahora en adelante.

### **I. Transmisión del VIH antes de conocer el diagnóstico de VIH.**

Desde la perspectiva jurídica, ya en este primer bloque tenemos que analizar dos supuestos, ya que nos falta información suficiente respecto al contexto y motivos por los que su paciente realizó la prueba serológica. En el primer supuesto, el paciente se realiza la prueba del VIH dentro de un análisis o reconocimiento médico preventivo o rutinario, mientras que en el segundo la motivación para realizarse la prueba serían las sospechas fundadas de una posible infección.

a) En el primer escenario, en el que el paciente ignora ser portador del VIH sin tener tampoco sospechas fundadas de ello, en el supuesto caso de transmisión del virus a la pareja sexual no existiría responsabilidad penal. En este caso, tanto su paciente como la pareja sexual de éste aceptan de forma libre y consciente el riesgo de mantener relaciones sexuales sin protección, asumiendo de esta forma en igualdad de condiciones e información la posible infección de una enfermedad de transmisión sexual. Por eso, no se dan los requisitos para hablar de un delito de lesiones doloso ni imprudente.

b) En el segundo supuesto, en el que el paciente se ha realizado la prueba de VIH porque existen dudas razonables (conocidas por él) de que esté infectado, entendemos que también se puede defender la inexistencia de responsabilidad penal

en el caso de una transmisión del virus a la pareja sexual. Esto es debido a que, como en el caso anterior, los dos son conocedores del peligro al que se exponen y lo aceptan en condiciones similares (aunque ya no exactamente iguales), lo que formaría parte del riesgo de la vida o riesgo permitido que excluye la sanción penal. No nos consta que exista jurisprudencia sobre un caso así, pues hasta donde hemos podido investigar los tribunales españoles solo se han pronunciado sobre supuestos en los que un sujeto *conocedor de su estado serológico positivo respecto del VIH* lo transmite (o genera un riesgo de transmisión) a su pareja sexual, con o sin conocimiento del riesgo concreto por parte de esta última. El hecho de que no nos consten resoluciones sobre casos en los que, por parte del sujeto transmisor, solo existía una sospecha de estar infectado puede ser un indicio de que estos supuestos ni siquiera se denuncian o, si se hace, se archivan sin llegar a un pronunciamiento de los tribunales.

No obstante, una parte de la doctrina penal entiende en este segundo escenario que, si la persona con VIH no ha adoptado las medidas de protección necesarias para evitar una posible transmisión o no ha compartido con su pareja sexual sus dudas, dándole la oportunidad de evaluar el riesgo y ponerse en una posición de conocimiento del peligro igual que la suya, en caso de transmisión del virus podríamos estar ante un delito de lesiones imprudente o incluso —solo en casos extremos— doloso-eventual (v. más abajo).

Aunque no haya responsabilidad penal por la transmisión del VIH, desde la Clínica Legal le recomendamos a su paciente que informe a sus pasadas parejas sexuales de su diagnóstico para que puedan realizar las pruebas oportunas y, en caso de haberse infectado, comenzar cuanto antes con el tratamiento adecuado. El motivo de esta recomendación es que, de no hacerlo y haber sido una de ellas infectada por su paciente, para un sector de la doctrina este podría llegar a incurrir en un delito de omisión del deber de socorro agravado del art. 195.3 del Código Penal. Este delito castiga a quien con su conducta previa ha puesto en peligro manifiesto y grave a una persona, que se haya desamparada, y no toma medidas para socorrerla. En el caso que nos describe, se podría considerar que, si una de las parejas sexuales de su paciente hubiera sido infectada de VIH sin saberlo, entonces estaría en una situación de peligro manifiesto y grave para su salud, por lo que a su paciente (consciente de esta posibilidad) le sería exigible el deber de informarla, si puede hacerlo. No obstante, tampoco nos consta la existencia de precedentes en los tribunales y consideramos poco probable que pudiera iniciarse un proceso penal por este delito.

Por tanto, comunicar a las parejas pasadas el estado serológico es una práctica responsable —y para algunos, como se dijo en el párrafo anterior, incluso obligada—, pues damos la posibilidad a estas personas de que se sometan a una prueba de diagnóstico y, en caso de tener la enfermedad, de comenzar su tratamiento cuanto antes.

## **II. Transmisión después del diagnóstico de VIH.**

En España no existe la obligación de declarar nuestro estado serológico a nuestras parejas sexuales actuales, debido a que nos ampara el derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo ha establecido que el hecho de mantener relaciones sexuales sin informar a la pareja sobre el estado serológico no es delito cuando la persona con VIH pone todos los medios suficientes para no transmitir la enfermedad, entendido como tal

el correcto uso del preservativo o tener una carga viral indetectable debido al tratamiento antirretroviral.

Como vemos, nuestro derecho a la intimidad personal encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud de la otra persona y, por ello, conlleva un deber de responsabilidad al exigir a la persona con VIH que ponga todos los medios que se encuentren a su alcance para evitar la transmisión del virus. Este deber es extensible a nuestra obligación de informar lo antes posible a la pareja sexual en aquellos casos que, habiendo utilizado todos los medios preventivos a nuestro alcance, se haya generado una situación de riesgo que pueda ocasionar la transmisión de la enfermedad (p.ej., una rotura del preservativo).

Por tanto, en el caso de llegar a producirse la transmisión de la enfermedad, estaremos ante un delito de lesiones en el momento en el que, o bien no hemos tomado los medios necesarios para no transmitir el virus, o cuando estos fallaron y no hemos informado a nuestra pareja sexual sobre nuestro estado serológico a tiempo para tomar la profilaxis post-exposición.

En este punto, creemos necesario explicarle de forma breve la diferencia entre un delito doloso y un delito imprudente de lesiones (arts. 149 y 152 CP respectivamente).

Hablamos de un delito doloso cuando de forma intencionada se causa un menoscabo en la salud física o psicológica de un tercero, aunque no haya sido nuestra voluntad directa el producir la lesión (aquí, la transmisión de VIH). También se considera que existe un delito doloso de lesiones cuando la persona es consciente de que al realizar determinado comportamiento es muy probable que el resultado de éste sea perjudicial para la salud de un tercero y, pese a ello, acepta la posibilidad y actúa (lo que se conoce como “dolo eventual”). Su pena es de prisión de 6 a 12 años, pudiendo llegar a una pena de prisión de 9 a 12 años si existe la circunstancia agravante de parentesco, es decir, si existía una relación estable de pareja.

Por otro lado, estaríamos ante un delito de lesiones imprudente cuando un comportamiento objetivamente negligente ocasiona de manera no intencionada un daño previsible para la salud de un tercero. En el delito imprudente se incluyen tanto aquellas acciones descuidadas de personas que no son conscientes de la peligrosidad de su conducta, aunque deberían serlo, y que causen un daño, como aquellas que, siendo conscientes de que su comportamiento podría causar un daño para la salud de otra, habiendo tomado alguna medida de precaución, ésta no ha sido suficiente para evitar el daño.

Podemos diferenciar entre imprudencia grave, menos grave y leve, si bien ésta última en la actualidad queda fuera del Código Penal siendo reconducida a la vía de la jurisdicción civil. En la práctica el Tribunal Supremo a diferenciado entre la imprudencia grave y la menos grave, en la sentencia 421/2020 define la primera como “[...]la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad [...]”. Por otro lado, la citada sentencia define la imprudencia menos grave como “[...]la constitución de un riesgo de inferior

*naturaleza, a la grave, ..., la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correcto a la conducta que es objeto de atención y que es la causante determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en un actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso [...].*

De tal forma que la diferencia entre ambas está en la importancia del deber infringido, y para valorarlo es necesario determinar, por un lado, el valor de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y la peligrosidad de la conducta

Como podemos observar puede ser complicado distinguir entre el delito de lesiones con imprudencia consciente y el delito de lesiones con dolo eventual. Las consecuencias son importantes, puesto que el delito de lesiones doloso se castiga con mayor dureza que el delito de lesiones imprudente, por otra parte, el delito doloso de lesiones puede ser castigado en grado de tentativa, es decir, cuando habiendo intentado o aceptado cometer el hecho, no se ha logrado el resultado lesivo de seroconversión.

En los casos de transmisión del VIH, para apreciar si estamos ante dolo eventual o imprudencia consciente, o para determinar la gravedad de esta última (grave, menos grave, leve) es necesario analizar factores como si el sujeto se encuentra en tratamiento antirretroviral, su concreta carga viral, el (correcto) uso o no de preservativo, la clase de prácticas y número de encuentros sexuales, etc.

El Tribunal Supremo mantiene que existe dolo eventual cuando el autor, aunque no busque un resultado lesivo para la víctima, la somete a una situación de peligro que no tiene la seguridad de controlar. La Sentencia 1218/2011 estableció que “[...] *el acusado, portador del virus (VIH), tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionara, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativo. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjera el contagio cuya representación resulta obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones [...]*”.

En cuanto a la imprudencia, el Tribunal en la Sentencia 528/2011 mantiene que “[...] *la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo [...] sino que aleja la posibilidad de apreciar dolo eventual [...]* No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta [rotura continuada del preservativo], *que ha se considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1.2º del CP, por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del sida), respecto de la conducta descrita en el relato de los hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por Gerardo, era no sólo evitable sino sin duda*



*también previsible [...]”.*

Ahora bien, se puede dar el caso de que una persona, sabiendo que tiene VIH y carga viral detectable, realice prácticas sexuales sin protección, pero considerando que éstas son de bajo riesgo, por ejemplo, al tener una carga viral muy baja y ser relaciones sexuales orales. En estos casos, y teniendo en cuenta que la probabilidad de que la persona con VIH transmita la enfermedad es baja, en nuestra opinión no se rebasaría el grado de riesgo suficiente exigido por el Tribunal Supremo para que se tratara de una conducta con dolo; por eso, en el caso de una eventual transmisión de la enfermedad, debería apreciarse imprudencia, aunque la cuestión no es pacífica.

Por último, nos podemos encontrar ante la situación de que, informada la pareja sexual sobre nuestro estado serológico, sea ésta la que de forma voluntaria y consciente decida no utilizar ningún medio de protección. En este caso ambos, concedores del riesgo concreto de transmisión de la enfermedad, asumen el peligro de forma libre y consciente. Esta situación en Derecho se conoce como autopuesta en peligro (o consentimiento en una puesta en peligro procedente de otro) y excluye la responsabilidad penal de quien infecta, ya que la víctima de forma voluntaria, con conocimiento informado y sin interferencias ajenas, se enfrenta al riesgo asumiendo con ello las posibles consecuencias.

### **TURNO DE OFICIO Y JUSTICIA GRATUITA**

Es importante qué si en algún momento Ud. o su paciente se encuentra en situación de necesitar asesoría jurídica más específica, conozca que existe el servicio de Turno de Oficio y Justicia Gratuita.

El servicio de Justicia Gratuita es prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley, cuyo objeto es satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en la Constitución, permitiéndole al beneficiario enfrentarse al proceso con las garantías de igualdad de partes e independencia, sin que ello se pueda ver afectado por la situación económica. A través de la página <https://www.abogacia.es/servicios/ciudadanos/servicios-de-orientacion-juridica-gratuita/> podrá comprobar si cumple los requisitos necesarios para solicitar Justicia Gratuita. Si lo desea también podrá acudir al Colegio de Abogados más cercano a su localidad. Estos suelen tener un servicio de orientación jurídica donde tramitan las solicitudes de asistencia jurídica gratuita y donde realizan un asesoramiento jurídico preliminar.

El abogado y el procurador serán designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio, asumiendo la Administración el pago de los honorarios.

Para finalizar y a modo de conclusión, como hemos visto en los apartados anteriores, si bien una persona con VIH no tiene la obligación de informar a sus parejas sexuales sobre su estado serológico, sí es necesario que se adopten todas las medidas necesarias para evitar el riesgo de una posible transmisión. Y en el caso de que se produzca una situación de riesgo de transmisión, como pudiera ser la rotura del preservativo, especialmente cuando la persona con VIH tiene una carga viral detectable, tiene el deber de comunicar lo antes posible el estado serológico con el fin de que la pareja pueda tomar todas las medidas profilácticas post exposición necesarias.

En el caso de las parejas anteriores, al informarlas tras el diagnóstico les damos la



oportunidad de hacerse las pruebas de VIH y, en el caso de haber contraído la enfermedad, recibir el tratamiento lo antes posible. La información también ayuda a que estas personas, posibles transmisores del virus, no la propaguen de forma involuntaria, tomando las medidas de prevención adecuadas. Del mismo modo, informando a las parejas actuales les damos la posibilidad de aumentar las precauciones para evitar la transmisión, por ejemplo, tomando medicamentos de profilaxis preexposición.

Por otro lado, es importante recordar que el uso de preservativo previene también de otras Enfermedades de Transmisión Sexual, que pueden ocasionar un importante perjuicio para nuestra salud. Además, las ETS pueden aumentar el riesgo de contraer otro tipo u otra cepa de VIH, lo que se conoce como sobreinfección o reinfección. Esta nueva cepa puede originar que la enfermedad llegue con mayor rapidez o incluso que sea más resistente a los medicamentos.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

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

-. Una persona que acude a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá solicita información sobre la legalidad de que la DGT le obligue a renovar el carnet de conducir cada tres años por tener VIH.

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

#### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- . Constitución Española. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- . Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11.
- . Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 14 de julio de 1998.

-. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

-. Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 8 de junio de 2009.

-. Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores.

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

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

-. Protocolo de exploración médico-psicológica para centros de reconocimiento de conductores:

<https://www.dgt.es/nuestros-servicios/para-colaboradores-y-empresas/centro-de-reconocimiento-de-conductores/realizacion-de-informes-medicos-y-tramitacion-de-permisos/>

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

### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría agradecerle la confianza depositada en la Clínica Legal, ya que esto nos permite aprender y desarrollarnos profesionalmente.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, le explicamos la normativa relacionada con las aptitudes que la DGT debe tener en cuenta para determinar posibles exclusiones y tiempo de renovación de los permisos de conducción. En el segundo punto, analizaremos el juicio de proporcionalidad para determinar la legalidad de la medida impuesta por parte de la DGT. En tercer lugar, le explicaremos las vías de reclamación. Por ello, expondremos en qué consiste la Asistencia Jurídica Gratuita y los requisitos para poder solicitarla.

### **ÍNDICE**

1. Normativa sobre los criterios de renovación del permiso de conducción
2. Juicio de proporcionalidad
3. Vías de reclamación
4. Orientación y Asistencia Jurídica Gratuita

## 1. Normativa sobre los criterios de renovación del permiso de conducción

En este apartado procederemos a analizar el Reglamento General de Conductores, así como el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores para determinar si el VIH puede encajar en alguno de los supuestos especificados en la Ley.

Por una parte, el Reglamento General de Conductores alude a las pruebas de aptitud que deben realizar los conductores para obtener la correspondiente autorización para conducir. Concretamente, los artículos 41 y siguientes de este reglamento mencionan el objeto y las pruebas a realizar, incluyendo las psicofísicas a las que los conductores deben someterse. Así, debemos señalar que estas pruebas de aptitud tienen por objeto que el conductor pueda manejar adecuadamente el vehículo a fin de evitar situaciones peligrosas y reaccionar de forma adecuada en aquellas situaciones de riesgo que puedan producirse.

En cuanto a las pruebas que han de realizarse destacan las siguientes:

- Pruebas de aptitud psicofísica, que comprenden las capacidades visuales, auditivas, locomotoras, cardiovasculares, hematológicas, sistema renal, respiratorio, nervioso y muscular, trastornos relacionados con la adicción a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, entre otras. **En ningún caso se hace referencia al VIH** u otras enfermedades de transmisión sexual para valorar las aptitudes psicofísicas del conductor.
- Pruebas de control de conocimientos
- Pruebas de control de aptitudes y comportamientos.

Con respecto al periodo de vigencia del permiso de conducir, en el anexo IV del presente reglamento únicamente se menciona que se reduce el periodo de vigencia del permiso a 3 años en aquellos casos de personas con afecciones en su sistema cardiovascular, concretamente personas que presenten taquicardias supraventriculares, valvulopatías, síndrome coronario agudo, angina estable, hipertensión arterial, que lleven marcapasos, prótesis valvulares cardiacas, que se hayan sometido a una cirugía de revascularización coronaria. Estos son los únicos supuestos en los que la Ley obliga a renovar el permiso de conducción cada tres años y, como podemos observar, en ningún supuesto se hace referencia al VIH.

Asimismo, el único supuesto que puede encajar en la consulta que nos plantea es el del consumo habitual de medicamentos. El anexo IV, en su apartado 11, menciona los casos de trastornos relacionados con las sustancias, siempre que dicho consumo comprometa la aptitud para conducir y que puedan producir efectos adversos graves en la capacidad para conducir. De forma que, cuando el medicamento no influya de manera negativa en el comportamiento vial del interesado se podrá obtener o prorrogar el permiso, reduciendo el periodo de vigencia según el criterio facultativo. Dicho de otro modo, este apartado se refiere a aquellos **tratamientos que pueden presentar riesgo** vial debido a los efectos secundarios que puedan producir dichos medicamentos, de manera que será

el médico del Centro de Reconocimiento de Conductores quien podrá establecer el periodo de vigencia conforme a su criterio.

No obstante, es importante determinar qué medicamentos y cuáles son los posibles efectos secundarios, por lo que tendremos que tener en cuenta el Documento de consenso sobre medicamentos y conducción en España, documento que puede encontrar en el siguiente enlace: <https://sipes.sanidad.gob.es/sipes2/verPublicacionesAction.do?registrosSeleccionados=39571&numRegistros=1&origen=indexAction>

En él se mencionan una serie de medicamentos con el “Código ATC o Sistema de Clasificación Anatómica” y su categoría “DRUID II Y III” que, según el Documento del consenso sobre medicamentos y conducción en España, son aquellos que pueden afectar a las capacidades para conducir, destacando medicamentos hipnóticos, ansiolíticos, antipsicóticos, antidepresivos, antiepilépticos, antiparkinsonianos, analgésicos, antimigrañosos, anestésicos o antidiabéticos. Para determinar si el tratamiento antirretroviral se engloba dentro de la categoría “DRUID II y III” debemos acudir al prospecto del fármaco y observar el código ATC que aparece, este es el J05AR03. Dicho código no se encuentra englobado en los fármacos con posibles efectos en la capacidad de conducción, conforme al Anexo I del citado Documento.

En virtud de lo expuesto, a nuestro juicio, la medida establecida por el médico del Centro de Reconocimiento de Conductores es totalmente arbitraria y no se ajusta a los criterios establecidos por Ley, una vez el tratamiento antirretroviral no aminora las capacidades para conducir.

A continuación, procederemos a realizar un análisis de la proporcionalidad de la medida, esto es, imponer la renovación del carnet cada 3 años, como consecuencia del tratamiento que usted recibe. Así, determinaremos si nos encontramos ante una discriminación o no.

## **2. Juicio de proporcionalidad**

En primer lugar, debemos tener en cuenta la importancia de la Constitución Española (CE, en adelante) y su relación a la hora de analizar el juicio de proporcionalidad, pues así podremos determinar si se incurre o no en una vulneración de un derecho fundamental.

Así, el artículo 14 CE recoge el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, estableciendo lo siguiente: *“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 concretamente la discriminación por salud, pero se puede deducir cuando se refiere a *“cualquier condición o circunstancia personal o social”*.

Por su parte, la reciente Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 2, recoge expresamente la prohibición de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Igualmente, determina que *“la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”*.

Por consiguiente, cualquier trato diferenciado deberá estar justificado y ser proporcional para que sea constitucional y no dé lugar a una discriminación, así como determina el Tribunal Constitucional en su Sentencia 310/1993, de 25 de marzo, en la que en su fundamento jurídico número 4 establece que el principio de igualdad: *“no sólo exige 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”*.

Así, el Tribunal Constitucional recoge, en el denominado juicio de proporcionalidad, una serie de cuestiones que se deben tener en cuenta a la hora de determinar una posible discriminación: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida diferenciadora.

- **Idoneidad:** según este principio, el trato diferenciado debe estar justificado, esto es, la medida que se establece debe ser idónea para proteger un bien constitucional. Dicho de otro modo, la medida adoptada por el médico del Centro de Reconocimiento de Conductores obligándole a renovar el permiso de conducir cada tres años debe ser adecuada para proteger otro bien constitucional, por ejemplo, el derecho a la seguridad pública del artículo 149 CE. Esto es, lo que pretende evitar el Estado es que se produzcan situaciones de riesgo que puedan poner en peligro a los ciudadanos y a sus bienes, de forma que, pueden establecer medidas a fin de evitar estas situaciones, como es el caso de la renovación del permiso de conducción por tiempo inferior al estipulado por regla general. En este caso, debemos valorar si la medida de renovar el permiso cada 3 años es idónea para proteger la seguridad pública. A nuestro juicio, la medida no es idónea, una vez el tratamiento antirretroviral no se encuentra tipificado como fármaco que pueda mermar las capacidades de conducción.
- **Necesidad:** este principio significa que la medida que se establezca, la cual interviene sobre un derecho fundamental, para que sea correcta debe ser la que menos afecte de entre todas las posibles medidas de intervención. Esto quiere decir que, si existen medidas de afectación a los derechos fundamentales menos gravosas y se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, la intervención en los derechos fundamentales no es correcta a menos que se acredite que no se puede escoger otra. En este caso, entendemos que el Centro de Reconocimiento de Conductores le obliga a renovar el permiso de conducción cada 3 años pese a que el tratamiento antirretroviral no se encuentra catalogado como un fármaco que produzca efectos sobre la capacidad de conducción, por ello, obligarle a renovar el permiso cada 3 años es una medida bastante gravosa.
- **Proporcionalidad:** este principio, en sentido estricto, exige que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. De manera que, la medida impuesta de obligarle a renovar el permiso de conducción, conforme al argumento anteriormente establecido, le resulta bastante perjudicial y gravosa, puesto que su tratamiento, a priori, no merma las capacidades para conducir y tampoco se encuentra estipulado como un fármaco que pueda producir efectos adversos en lo referido a la capacidad para conducir.

Por todo ello, podemos concluir que, bajo nuestro criterio, la obligación de renovar el permiso de conducción cada 3 años no está justificada y, por ende, no cumple con los principios del juicio de proporcionalidad. En el siguiente apartado le explicaremos las diferentes formas de reclamar sus derechos.

### 3. Vías de reclamación

En este punto señalamos las diferentes opciones que existen para defender y ejercitar sus derechos. Por una parte, le explicaremos el procedimiento extrajudicial, esto es, aquel en el que no resulta necesario acudir a los tribunales. Por otra parte, analizaremos el procedimiento judicial, que se inicia mediante la presentación de una demanda y en el que acudiría a juicio.

- Vía extrajudicial

- Reclamación. Puede presentar una reclamación ante la DGT expresando su disconformidad con la medida adoptada por el médico del centro de reconocimiento. En esta reclamación puede exponer el análisis de la normativa y el juicio de proporcionalidad anteriormente explicado. Sin embargo, antes de presentar esta reclamación, le recomendamos que solicite una cita en la DGT para explicar su situación, si por el contrario, no atendieran a sus peticiones el día de la cita, cuando interponga la reclamación puede utilizar el análisis fundamentado que hemos expuesto con anterioridad. Le facilitamos el enlace para que pueda solicitar la cita:

[https://sedeclave.dgt.gob.es/WEB\\_NCIT\\_CONSULTA/solicitarCita.faces](https://sedeclave.dgt.gob.es/WEB_NCIT_CONSULTA/solicitarCita.faces)

No obstante, debemos advertirle que esta reclamación no tiene carácter de recurso administrativo ordinario, es decir, la queja no tiene la consideración de recurso de alzada o potestativo de reposición, que son los recursos administrativos que la ley denomina ordinarios.

Sin embargo, una vez presente la reclamación, debe tener en cuenta que la DGT dispone de un plazo de 20 días para contestar a la misma, aunque también cabe la posibilidad de que la DGT no responda. Una vez transcurridos los 20 días (tanto si la DGT responde como si no lo hace), ya sí que podrá presentar un recurso ordinario, porque la respuesta a su queja sí que se trataría de un acto administrativo, ya que proviene de la Administración. De forma que, el recurso que podrá presentar es el siguiente:

Recurso potestativo de reposición (artículo 114.2 de la Ley 39/2015). Primero, debemos señalar que se trata de un recurso que, para interponerlo, no necesita ni abogado ni procurador, aunque es recomendable que cuente con asesoramiento jurídico. Este recurso se interpone en el plazo de un mes ante el mismo órgano que dictó el acto objeto del recurso, en este caso, ante la DGT.

El plazo que tiene la DGT para resolver este recurso es de un mes. Una vez transcurrido este plazo, pueden ocurrir dos supuestos: 1) Que respondan al recurso; 2) Que no se pronuncien. En este último caso nos encontraríamos ante un caso de silencio administrativo negativo, es decir, si la DGT no contesta en el plazo de un mes, se entenderá desestimada su pretensión.



Asimismo, debe tener en cuenta que no es posible acudir a la vía judicial, concretamente, al orden Contencioso-Administrativo hasta que no se haya resuelto el recurso de reposición. Por tanto, deberá esperar un mes para poder acudir a la vía judicial.

- Vía judicial
  - Recurso contencioso-administrativo. Es importante que tenga en cuenta que no es necesario interponer previamente la reclamación o el recurso de reposición para acudir a esta vía, es decir, es posible acudir a la vía contencioso-administrativa mediante el recurso contencioso-administrativo basándose en que la Administración no ha seguido el procedimiento legalmente establecido, esto es lo que se conoce como vía de hecho, pues es una actuación realizada por la Administración sin atender a la ley (por ejemplo, en este caso, le obligan a renovar el permiso de conducción sin haber causa legalmente fundada).

#### **4. Orientación y Asistencia Jurídica Gratuita**

Por último, le explicaremos dos cuestiones relevantes: 1) El servicio de orientación jurídica; 2) La asistencia jurídica gratuita.

Por una parte, los Servicios de Orientación Jurídica (SOJ) son aquellos servicios de asesoramiento prestado por los Colegios de Abogados de forma gratuita y tienen por objeto orientar, atender e informar al ciudadano sobre el ejercicio de sus derechos. Así, la persona interesada deberá solicitar una cita previa, formular su consulta y, posteriormente, será atendida presencialmente por un abogado. En el siguiente enlace puede obtener más información al respecto:

<http://micap.es/ciudadanos/turno-oficio-justicia-gratuita/servicios-guardia-turnos-designacion/servicio-orientacion-juridica-soj/#:~:text=El%20horario%20de%20atenci%C3%B3n%20es,crisis%20sanitaria%20llamando%20al%20948221475.&text=Durante%20los%20sanfermines%20el%20servicio,30%2C%20los%20martes%20y%20jueves>

Por otra parte, la asistencia jurídica gratuita es un derecho que cuenta con reconocimiento constitucional, concretamente, en el art. 119 CE. No obstante, se trata de un derecho que se reconoce a aquellas personas que acrediten carecer de recursos económicos suficientes, de forma que, se reconoce a dichas personas una serie de prestaciones consistentes principalmente en eximir del pago de los honorarios de abogado y procurador.

Debemos advertirle que, en caso de que solicite asistencia jurídica gratuita, será el Colegio de Abogados quien le designe un abogado/a del Turno de Oficio. Respecto a ello, conviene aclarar que la asistencia jurídica gratuita y el Turno de Oficio son figuras distintas y no significan lo mismo, puesto que, aunque siempre se designará a un abogado del Turno de Oficio para la asistencia y defensa de aquellas personas que acrediten la falta de medios económicos y patrimoniales, no todo abogado del Turno es gratuito para el solicitante, es decir, tener abogado y procurador de oficio no siempre conlleva haber obtenido la asistencia gratuita, por lo que puede solicitar letrado de

oficio y aun así tener que abonar sus honorarios sino cumple los requisitos establecidos, pues no son funcionarios sino profesionales privados que se han inscrito al Turno de forma voluntaria.

Según la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, concretamente el artículo 3, reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales:

- Dos veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar (**12.780,26 euros**).
- Dos veces y media el IPREM vigente en el momento de la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros (**15.975,33 euros**).
- El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares formadas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente (**19.170,39 euros**).

Además, es importante también tener en cuenta el art. 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que dispone lo siguiente: “*se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita **atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante** y a las personas con discapacidad señaladas en la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*”. De forma que, se tendrán en cuenta las circunstancias de salud del solicitante a la hora de solicitar la asistencia, por tanto, usted podría alegar sus circunstancias de salud para tener más probabilidades de obtener dicha asistencia.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le rogamos que se ponga en contacto con nosotros nuevamente en caso de que siga existiendo cualquier duda.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

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

-. Una usuaria nos pregunta si es legal solicitar un certificado de hepatitis B, VIH, tuberculosis y prueba de drogas, a las personas que quieran acceder a un piso tutelado o acogida en Andalucía. A este respecto, también nos pregunta que: “*¿Si se pide un certificado de no tener enfermedades infecto-contagiosas cuáles son las pruebas que el médico solicita?*” Estos pisos están destinados a personas recién salidas de la cárcel, de programas de desintoxicación, víctimas de violencia de género, en búsqueda de empleo, etc.

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

### **Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016, L 119/1. (Cita en texto: RGPD).

Artículo 5. Principio de minimización de datos.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales.

Artículo 13. Derecho a la información.

- 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 10. La dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes.

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

Artículo 18.1. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 18.4. Derecho a la protección de datos.

- España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115.

Artículo 1. Protección civil del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 7. Intromisiones ilegítimas.

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

Artículo 9. Categorías especiales de datos.

- Andalucía. Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía. Comunidad Autónoma de Andalucía. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 29 de diciembre de 2016, núm. 248.

- Andalucía. Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de

4 de octubre de 2017, núm. 191.

-. Andalucía. Decreto 28/1990, de 6 de febrero, por el que se establecen los requisitos para ingreso y traslado en las residencias para la tercera edad y los centros de atención a minusválidos psíquicos adscritos al Instituto Andaluz de Servicios Sociales. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 30 de marzo de 1990, núm. 27. Derogado.

-. Andalucía. Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en centros residenciales y Centros de Día. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 5 de septiembre de 2003, núm. 171.

-. Andalucía. Orden de 6 de julio de 2009, por la que se aprueba el reglamento de régimen interno de los centros que componen el servicio integral de atención y acogida a mujeres víctimas de violencia de género y menores a su cargo que las acompañen en la Comunidad Autónoma de Andalucía. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 21 de julio de 2009, núm. 140.

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

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

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

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

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

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

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

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

-. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 159/2009, de 29 de junio.

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

desproporcionada.

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

-. España. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera). Sentencia 56/2002, de 26 de mayo de 2004.

**Hechos del caso:** El recurrente se había presentado a una plaza de funcionario de instituciones penitenciarias y había sido excluido por su seropositividad al VIH, sin que constasen las dificultades que en su caso concreto la infección podría suponer para la realización de su puesto de trabajo. El motivo que se alega para la exclusión es ‘presentar enfermedad transmisible en actividad que...limita o dificulta el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias’. El problema para la Audiencia no es la previsión de la exclusión así formulada, sino el modo en el que se ha aplicado (podría tratarse de un supuesto que justificase un diferente tratamiento).

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

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

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

-. BARRANCO AVILES, M.C.; BLÁZQUEZ MARTÍN, D. *Informe emitido por los profesores que suscriben, sobre la calificación jurídica del VIH como enfermedad infectocontagiosa y propuestas de actuación*. Ministerio de sanidad, política social e igualdad; CESIDA.

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

-. Infosida.nih.gov. *Visión general de la infección por VIH, pruebas de detección del VIH*. Publicado el 26 de septiembre de 2016.

-. RAMIRO, M., RAMÍREZ, P., “VIH y privacidad”. Puede acceder al documento a través del siguiente enlace:

[www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal\\_Informe\\_VIH\\_Y\\_PRIVACIDAD-.pdf](http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_Informe_VIH_Y_PRIVACIDAD-.pdf)

### **Respuesta fundamentada**

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

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el

índice. En primer lugar, analizaremos la legalidad de la obligación de realizarse las pruebas de ETS o solicitar un certificado para su comprobación como requisito para el acceso a una vivienda tutelada. Así mismo, analizaremos la legalidad de excluir a personas con VIH. Por último, se analizará la diferencia entre certificado e informe médico.

### Índice

1. Análisis de legalidad de la obligación de realizarse las pruebas de ETS o solicitar un certificado para su comprobación
2. Análisis de la legalidad de excluir a personas con VIH
3. Diferencias entre certificado e informe médico

#### **1. Análisis de legalidad de la obligación de realizarse las pruebas de ETS o solicitar un certificado para su comprobación**

En primer lugar, debe saber que tanto la Junta de Andalucía como todas las ONG que operen en Andalucía (y en todo el Estado), ya sean una entidad pública o una entidad privada, están sujeta al ordenamiento jurídico y deben respetar su contenido, así lo establece la Constitución Española (en adelante, CE) en su artículo 9.1: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Por lo que, la normativa y resoluciones judiciales que a lo largo de esta consulta analizaremos son de obligado cumplimiento para las entidades mencionadas.

Pues bien, con respecto a la obligatoriedad de la realización de las pruebas de enfermedades de transmisión sexual (en adelante, ETS) y, por tanto, la revelación del estado de salud, queremos informarle sobre los derechos que son aplicables a los hechos que nos plantea.

Uno de los derechos que puede resultar afectado, según lo que nos comenta en su consulta, es el derecho a la intimidad. El ordenamiento jurídico español tiene ciertos mecanismos para la defensa de este derecho. La Constitución consagra en su artículo 18.1 el derecho a la intimidad personal: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizada por el artículo 18.1 de la CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás.

Así, la intimidad constituye la esfera más privada del individuo, incluyendo aquellos aspectos de su vida personal y familiar que pueden quedar fuera del ámbito público y reservarse al estricto conocimiento del individuo. Su alcance viene determinado por cada persona puesto que es una cuestión intrínseca de cada uno. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1999 señala que “*el derecho a la intimidad 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 se ha desarrollado normativamente, entre otras, por la Ley Orgánica



1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, cuando en su artículo 1 no solo afirma que cabe la protección por la jurisdicción civil, sino que además este derecho es *“irrenunciable, inalienable e imprescriptible”*. En el artículo 7 incluye entre las intromisiones ilegítimas *“la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre”* y *“la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”*.

En relación con el derecho a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional ha declarado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia núm. 218/2002, de 25 noviembre, que:

*“El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana.*

*Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada”*.

No obstante, como señala el Alto Tribunal, *“conviene recordar que el derecho fundamental que se denuncia como lesionado no es ilimitado, como ninguno lo es”*.

En este contexto, es preciso determinar si en ciertas situaciones o circunstancias los poderes públicos o los particulares pueden establecer medidas encaminadas a proteger intereses generales, como ocurre en este caso, pues la medida impuesta podría tener como objetivo la protección tanto de la salud de las personas que accedan a las viviendas tuteladas como de terceros, esto, a su vez, puede colisionar con el derecho fundamental a la intimidad.

De ser esto así, es preciso atenuar estas medidas de protección de los intereses públicos con el derecho a la intimidad de las personas afectadas y ponderar adecuadamente y de forma equilibrada, según palabras del Tribunal Constitucional, *“de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger”*.

El derecho a la intimidad personal entraña un ámbito de la persona *“en el que se desenvuelve lo que ésta no quiere dar a conocer a otras”*, de manera que ha de ponderarse si la injerencia en esa esfera tan personal está justificada y es proporcionada.

Conforme a lo expuesto, tres son los límites a que la injerencia debe quedar sujeta: tener una base legal, perseguir un fin legítimo y ser una medida necesaria en una sociedad democrática. Además, deben tenerse en cuenta los siguientes valores: la medida no debe ir más allá de lo estrictamente necesario y debe atender a razones relevantes y convincentes que la justifiquen.

Pues bien, con respecto al primer límite señalado, que exista una base legal para exigir esa revelación del estado de salud, en el caso que nos ocupa, se ha analizado la normativa de Andalucía que regula los servicios sociales y la vivienda en la comunidad, en concreto, las viviendas tuteladas o pisos de acogida.

Por un lado, cabe destacar el *Decreto 28/1990, de 6 de febrero, por el que se establecen los requisitos para ingreso y traslado en las residencias para la tercera edad y los centros de atención a discapacitados psíquicos adscritos al Instituto Andaluz de Servicios Sociales*, actualmente derogado, que establecía una exclusión del acceso a los recursos sociales a las personas con una enfermedad infecto-contagiosa. Dicho Decreto ha sido sustituido por el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en centros residenciales y Centros de Día, eliminando la causa de exclusión mencionada. Además, no se contempla como requisito de acceso y, mucho menos, como causa de exclusión, la realización de pruebas de ETS (o de drogas) y, en concreto, la prueba del VIH o la solicitud de dichas pruebas como requisitos de acceso a viviendas tuteladas destinadas a este colectivo. Por lo que, atendiendo a lo expuesto, no estaría justificada la exclusión de las personas con una enfermedad como el VIH ni la solicitud de ningún certificado médico, puesto que la normativa ni lo contempla ni lo requiere.

Así mismo, la normativa analizada sobre los servicios sociales, tampoco indican que las personas que quieran acceder a estos recursos deban presentar documentación acreditativa al respecto. En este sentido, cabe destacar la Orden de 6 de julio de 2009, por la que se aprueba el reglamento de régimen interno de los centros que componen el servicio integral de atención y acogida a mujeres víctimas de violencia de género y menores a su cargo que las acompañen en la Comunidad Autónoma de Andalucía, pues no establece ningún criterio de exclusión, ni siquiera establece una limitación para las personas con una enfermedad infecto-contagiosa o la solicitud de ningún certificado médico.

Por otra parte, de los otros ámbitos por los que se ha solicitado información, no se ha encontrado normativa al respecto, por lo que entendemos que estarán regulados los requisitos de acceso en un protocolo o por las propias ONG que ofrecen estos recursos.

En conclusión, tras lo expuesto, podemos observar que la normativa es incompleta y confusa, pues en la normativa encontrada que regula los pisos tutelados no contempla ninguna exclusión. Sin embargo, no existe una normativa concreta que establezca los requisitos de acceso a las viviendas tuteladas o pisos de acogida que nos comenta en su consulta, ya que muchos de los requisitos deben estar recogidos en las páginas web de las ONG que actúan en Andalucía o en protocolos y acuerdos de la Junta que no se encuentran publicados, lo que supone un problema de transparencia además de una vulneración de la jerarquía normativa, produciendo una afectación al principio de legalidad, pues no se puede establecer por protocolos los requisitos de exclusión que afectan a derechos fundamentales.

Seguidamente, con respecto a la segunda condición que se debe cumplir para que las pruebas que se solicitan para acceder a una vivienda tutelada estén justificadas, es que persigan un fin legítimo y que sean necesarias en una sociedad democrática. Pues bien, la persecución del fin legítimo se cumple, en este caso se trataría de proteger la salud.

No obstante, no podría considerarse una medida necesaria, ya que las personas con

VIH no son un riesgo para terceros, puesto que las vías de transmisión están definidas con claridad y no se transmite por las situaciones que se pueden producir en el transcurso de una convivencia normal (no se transmite por saliva, por un abrazo, por compartir cubiertos, por el uso de las toallas, espacios comunes, etc.), y si se produjera una situación por la cual exista un riesgo de sangrado (por ejemplo, un corte), se deben seguir las MUPT en todos los casos (medidas básicas de higiene, precauciones simples, obrar con sentido común, etc.). La higiene adecuada es básica en todos los aspectos de la vida para evitar posibles enfermedades, no solo la transmisión del VIH u otras ETS.

En relación con lo expuesto, debemos tener muy presente la normativa en materia de protección de datos. El derecho a la protección de datos está reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española, estableciendo que: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

La propia normativa en materia de protección de datos (Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), tiene como objetivo garantizar y proteger el derecho a la intimidad personal frente al tratamiento indebido de los datos de carácter personal. Se señala en el artículo 5 del RGPD, como uno de los principios relativos al tratamiento de datos, en concreto, el principio de minimización de datos, que los datos serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

Esto es, se recogerán y tratan los datos que sean estrictamente necesarios para el fin legítimo que se quiera alcanzar. Como hemos expuesto, la prueba de ETS, en concreto, la prueba del VIH no es necesaria para la protección de la salud, puesto que las vías de transmisión están definidas con claridad y tiene un carácter lesivo injustificado.

El artículo 13 del RGPD reconoce el derecho a la información en la recogida de datos, lo cual supone que a las personas a quienes se soliciten sus datos de carácter personal deberán previamente ser informadas de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. Una vez que se haya recibido la información, la persona afectada deberá consentir mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal.

En el tema que nos ocupa es importante además destacar el artículo 9, pues incluye a los datos de carácter personal relativos a la salud entre los datos especialmente protegidos. Esto supone que estos 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.

Sin ningún género de duda los datos de salud conforman la esfera íntima del individuo y son protegidos con base en el derecho a la intimidad.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 159/2009, de 29 junio, afirma en su Fundamento Jurídico Tercero que: *“Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a*

*la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento”.*

Tras este análisis de la normativa y jurisprudencia recaída en torno a la revelación de datos de carácter personal, como es la salud, queremos informarle de que en el ámbito en el que nos encontramos, que constituye el acceso a recursos sociales, como son las viviendas tuteladas, entendemos que no estaría justificada la realización de las pruebas de detección de ETS como condición de acceso, establecer de forma genérica una exclusión a las personas que quieran acceder a estos recursos o solicitar un certificado, pues son medidas que no están contempladas en una norma y no es necesaria para proteger el fin que persigue.

## **2. Análisis de la legalidad de excluir a personas con VIH**

Un caso típico de barrera actitudinal es considerar que la persona con VIH (o con otra ETS) debe declarar su estado serológico porque se considera que su estado de salud es un peligro significativo para la salud de terceras personas o para proporcionarles una mejor atención. La barrera actitudinal se construye sobre un prejuicio, un estereotipo negativo, basado en una información incompleta e incorrecta sobre las vías de transmisión, el riesgo o los avances terapéuticos.

La cuestión más relevante desde un punto de vista jurídico no es la inclusión del VIH entre las enfermedades infectocontagiosas, como hemos visto, sino las consecuencias jurídicas vinculadas al uso de esta calificación, que parece que es lo que está sucediendo en el caso que nos plantea, a pesar de que carece de normativa que sustente la exclusión que nos comenta.

La discriminación que resulta de la aplicación de las medidas sobre enfermedades infecciosas sin tener en cuenta las vías de transmisión es, en ocasiones, el resultado de un comportamiento activo. Es el caso del conflicto resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004, que resuelve el recurso núm. 56/2002 presentado frente a la exclusión en un procedimiento de acceso a un puesto de trabajo. El motivo que se alega para la exclusión es *“presentar enfermedad transmisible en actividad que...limita o dificulta el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias”*.

El problema para la Audiencia no es la previsión de la exclusión así formulada, sino el modo en el que se ha aplicado (podría tratarse de un supuesto que justificase un diferente tratamiento).

En un primer grupo de consideraciones se plantea si la infección por VIH puede suponer un riesgo para la convivencia y concluye 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 añade *“que los mecanismos de transmisión del VIH son bien conocidos: relaciones sexuales con penetración sin protección, inoculación de productos sanguíneos con el*

*VIH o transmisión materno-fetal”.*

En definitiva, puesto que solo estos comportamientos presentan riesgo, solo es posible limitar derechos de las personas que viven con VIH cuando el disfrute del servicio al que se pretenda acceder implique estos comportamientos.

A tenor de lo expuesto, indicarle que 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 si un tratamiento respetuoso de los derechos de las personas que viven con alguna condición que pudiera ser comprendida en el ámbito de uso de la expresión.

En el Derecho español, además, es discriminatoria la privación de acceso a recursos sociales por tener una enfermedad infecciosa sin tener en cuenta las vías de transmisión o la negación del acceso por la negativa a realizarse pruebas de detección de ETS cuando no hay una base legal para ello o cuando resulte estrictamente necesario. Para valorar la justificación de la restricción de derechos es necesario un juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

En este punto corresponde valorar si el tratamiento diferenciado está justificado en cuanto a su propósito, finalidad y efectos, para determinar si se trata de una discriminación directa, prohibida por el Derecho español y contraria al principio de igual.

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”.*

Sin embargo, cuando se piden explicaciones sobre la pertinencia y el porqué de la realización de las pruebas, se argumenta la necesidad de “disminuir los riesgos de posible transmisión de la enfermedad” y de “proporcionar una mejor atención”. En relación con lo anterior se debe considerar que la utilización de este tipo de protocolos es inadecuada en cuanto a su propósito y finalidad, dado que se deben tener en cuenta las vías de transmisión de las ETS, no siendo una vía adecuada de transmisión la convivencia normal y, con respecto a la segunda justificación, la realización de las pruebas pertenece al ámbito de decisión de la autonomía de la voluntad de la persona, pues no existe una norma jurídica o situación que justifique tal injerencia.

Por lo expuesto, nos encontraríamos ante una discriminación prohibida por el principio de igualdad anteriormente citado, puesto que se cumplen los siguientes requisitos:

- Que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente entre dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos. En este caso, el trato diferenciado consistiría en la denegación del acceso a la vivienda tutelada por tener una ETS o no presentar un certificado médico, no siendo un factor determinante, pues no existe ningún riesgo de transmisión durante la convivencia en una vivienda.
- Que la distinción no persigue una finalidad legítima, es decir, no tiene una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta el objeto y efectos lesivos de la medida examinada, que es la privación de una vivienda a las personas en situación de



vulnerabilidad.

- Que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido, es decir, no es proporcional la denegación de una vivienda con el fin perseguido, en este caso la salud, pues no existe un riesgo real y no es necesario adoptar ninguna medida específica.

Por lo tanto, en relación con lo anterior, debe saber las medidas que se están empleando son inadecuadas en cuanto a su propósito y finalidad, dado que para disminuir los riesgos de una posible transmisión de cualquier enfermedad a tercero, resulta obligatorio adoptar las MUPT, ya que no es necesaria tomar ninguna medida de seguridad especial, pues no existe una normativa que obligue a implementar estas medidas en el ámbito de las viviendas tuteladas, pues existen medidas básicas de higiene que se deben adoptar en todos los casos.

Además, la imposición de la realización de las pruebas como una condición para el acceso a una vivienda tutelada o la exigencia de un certificado médico, supone una injerencia injustificada en la vida privada de las personas que solicitan este recurso, vulnerando la autonomía de la voluntad de la persona, pues no existe una norma o situación que justifique tal intromisión.

Por último, en caso de que tenga conocimiento de que alguna persona ha sido excluida del acceso a una vivienda tutelada por tener VIH (u otra ETS) o por negarse a la realización pruebas de detección de ETS o a presentar un certificado, por favor que nos escriba a la Clínica Legal para poder proporcionarle una respuesta ajustada a su caso concreto y, así, poder informarla sobre las vías de reclamación concretas.

### **3. Diferencias entre certificado e informe médico**

En este punto, queremos hacer una breve diferenciación entre lo que se considera certificado e informe médico. El certificado médico sirve para dar fe de un estado de salud actual que se constata en la fecha de petición y expedición del documento, y su petición suele estar vinculada a normativa legal que exige al ciudadano acreditar situaciones o estados civiles para ejercer ciertas actividades o para optar o conseguir determinados servicios, siempre que esta solicitud esté justificada como hemos visto en los apartados anteriores.

Mientras que los informes médicos se extienden por el médico responsable de un paciente y en ellos se da a conocer la situación clínica del paciente, el método diagnóstico y terapéutico aplicado, las limitaciones funcionales que se puedan derivar – si procede- y el tratamiento. Por tanto, el certificado médico, que puede ser expedido por el Facultativo de Medicina General del Sistema Nacional de Salud que corresponda, únicamente deberá indicar si la persona es apta o no para la ocupación del puesto y/o para acceder a determinados recursos y el dato del VIH no debe ser mencionado pues es irrelevante.

Esto se debe a que el VIH no supone ningún impedimento para el correcto desarrollo de su profesión, puesto que las vías de transmisión están definidas con claridad y entre ellas no se encuentran las relaciones que se producen en el ámbito laboral o compartir una persona con el VIH, como hemos indicado en el apartado anterior, además tomando la medicación antirretroviral, el riesgo de transmisión es nulo, conforme se ha demostrado en el reciente estudio Partner 2.



Tras todo lo expuesto, debido a la complejidad de cada caso, no nos es posible asegurarle que las personas que quieran acceder a viviendas tuteladas o pisos protegidos no se vayan a enfrentar a barreras actitudinales o que de algún modo les vayan a excluir por tener VIH. No obstante, el ordenamiento jurídico dispone de medidas para defender sus derechos dependiendo de las diferentes situaciones que se produzcan, tanto en vía administrativa como judicial, como es la defensa de los derechos fundamentales que se pudieran vulnerar e incluso iniciando un procedimiento penal.

Por ello, no dude en volver a acudir a la Clínica Legal si se producen cualquiera de los escenarios descritos o si le surgen nuevas cuestiones al respecto. Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH.

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

-. Se trata de un hombre VIH positivo que trabaja como conductor y nos pregunta si tiene el deber de comunicar su condición a la mutua. También nos pregunta acerca de la posibilidad de que su enfermedad pueda perjudicarlo a la hora de ser apto en el próximo reconocimiento médico que le solicita la empresa para la que trabaja.

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

- . Constitución Española de 1978.
- . Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- . Ley Orgánica 1/1982, Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen
- . Ley 14/1986, General de Sanidad
- . Ley 31/1995, Prevención de Riesgo Laborales

- Real Decreto 170/2010, del 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Centros de Reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores

- Real Decreto 818/2009, del 8 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de conductores.

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

-

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

-.

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

-.

### **Respuesta fundamentada**

Desde la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá le agradecemos que se hayas puesto en contacto con nosotros para ayudarle a resolver las dudas que tiene acerca de su situación, esto contribuye a perfeccionar nuestra formación en Derecho y nos enriquece personalmente.

En primer lugar, empezaremos mencionando que la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) en el artículo 18 garantiza el derecho al honor y la intimidad personal y a la protección de datos personales. Este artículo siempre entrará en juego si existiese la posibilidad de que terceros tengan acceso a tu información personal de cualquier índole, pero concretamente en el caso que nos ocupa, respecto a tu historial médico u otro documento de naturaleza médica que te puedan llegar a solicitar. Ciertamente, la Constitución, en su art. 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de que se pueda limitar el derecho a la intimidad (a diferencia, de lo que ocurre con otros derechos), pero esto no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral.

El artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha sido interpretado en la Sentencia 196/2004 del Tribunal Constitucional 196/2004. Se corrobora que el empresario deberá garantizar la vigilancia periódica del estado de salud del trabajador, pero que esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando exista consentimiento del trabajador, es decir, un reconocimiento médico es siempre voluntario, salvo, la excepción que contempla el mismo artículo que es en aquellos casos en los que sea

imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o si por el contrario, el estado de salud del trabajador puede suponer un riesgo para sí mismo, para los demás trabajadores o cualquier persona relacionada con la empresa. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia diciendo que no podrán ser obligatorias las pruebas médicas a los trabajadores cuando únicamente el riesgo recaiga sobre ellos mismos. Debe cumplirse por tanto alguna otra circunstancia extra de las mencionadas. Y por último cuando así lo establezca una ley específica por tratarse de actividades peligrosas con riesgos específicos, en estos casos se deberá informar previamente al trabajador de esta obligatoriedad.

Ahora bien, no podrá imponerse al trabajador cualquier prueba médica, solo aquellas necesarias para verificar el peligro que se pretende evitar, intentando evitar lo máximo posible afectar a la intimidad del trabajador. A este respecto la ley nos dice que se deberá optar por la realización de reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y sean proporcionales al riesgo, además se tendrán que llevar a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y dignidad de la persona y la confidencialidad de la información.

El artículo 24.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala que a esta información sobre la salud del trabajador solo tendrá acceso el personal médico y autoridades sanitarias que se ocupen de la vigilancia de la salud trabajador no pudiendo facilitarse al empresario u otras personas sin consentimiento expreso del mismo. Lo único que el empresario podrá conocer es el apto o no apto del resultado de las pruebas médicas. Además, el Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores en su artículo 16 contempla que “Los informes de aptitud psicofísica, teniendo en cuenta el resultado de la exploración, se clasificarán de apto, apto con condiciones restrictivas, no apto e interrumpido”.

Esta información no puede ser utilizada con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. La Organización Mundial del Trabajo, en su Recomendación sobre el VIH y el sida en el mundo del trabajo n° 200 del año 2010 afirmó “que el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo”.

Es decir, al trabajador sólo se le podrá exigir la realización de reconocimientos médicos cuando se considere esencial para el desarrollo de la actividad laboral, además, estos deben ser proporcionales a los riesgos o características que este desarrollo comporte, en este caso, sería preceptiva la realización de aquellos exámenes tendentes a esclarecer que la salud del trabajador es óptima para conducir y todas otras aquellas funciones que su profesión comporte, como así lo establece el Real Decreto 818/2009 de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, en el que se enumeran las pruebas para realizar las actividades relacionadas con la conducción, no mencionando en ningún caso, la realización de una prueba específica para detectar enfermedades de transmisión sexual, con lo que entendemos que la realización de una prueba de VIH no sería preceptiva puesto que las vías de transmisión del mismo no están relacionadas con las actividades desarrolladas en el puesto de trabajo.

En conclusión, será obligatorio la realización de reconocimientos médicos cuando sean tendentes a garantizar la seguridad de los trabajadores y de terceros que participen en la

relación laboral siempre y cuando estos exámenes sean proporcionales al riesgo que comporte la realización de la actividad laboral. En su caso, estaría obligado a someterse a los exámenes médicos antes mencionados pero la realización de una prueba de enfermedades de Transmisión Sexual no sería proporcional y en caso de que quieran realizarla, deben informarte y tener tu consentimiento, de lo contrario, el Tribunal Constitucional estima que puede ser considerado como la vulneración al derecho fundamental a la intimidad.

En cuanto al apartado que menciona en el que la mutua estipula que si padece alguna enfermedad crónica o ha tenido alguna enfermedad importante, aporte la información médica correspondiente con el objetivo de completar su historial médico, dicha petición no está amparada en ninguna norma jurídica. Por otro lado, dicha petición contravendría el principio de minimización de datos reconocido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en el Reglamento Europeo 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.

Gracias de nuevo por confiar en la Clínica Legal, esperamos haberle sido de ayuda, un cordial saludo.

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

-. Consulta realizada por una mujer brasileña con permiso de residencia en España y VIH. Quiere que su condición de salud no aparezca en su expediente médico ni tampoco en los de sus hijas, en los que aparece mencionado esta situación sobre su madre. También solicita información referente a si debe mencionarlo al acudir a determinados lugares tales como a realizarse un tratamiento de cirugía estética.

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

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

311. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Artículo 14 Derecho a la igualdad

Artículo 18 Derecho a la intimidad

Artículo 18.4 Derecho a la protección de datos

-. España Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre del 2002, núm. 274. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>

-. España 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). *Boletín Oficial del Estado*, 4 de mayo de 2016, núm. 119.

-. 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. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

-. España Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>

-. Puede pulsar en los links para ver la legislación completa si desea leerla.

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

-. España. Audiencia Nacional, SAN 3957/2018.

**Hechos del caso:** Persona que quiere corregir ciertos datos de su historial clínico al considerarlos incorrectos.

**Ha sido de utilidad el fundamento jurídico cuarto:** “Respecto del derecho de rectificación que asimismo se interesa (artículo 16 LOPD), lo siguiente: es cierto que tal Ley 41/2002 aunque regula detalladamente el derecho de acceso, no contempla ninguno de los demás derechos denominados ARCO (ni el derecho de rectificación ni el de la cancelación ni el de oposición). Considera la Sala, no obstante, tal y como ha razonado en ocasiones anteriores, que el ejercicio por el afectado, en cualquier momento, de tales derechos de rectificación y cancelación respecto de los datos contenidos en su historia clínica es incuestionable de conformidad con la normativa general de protección de datos (artículos 14 a 16 LOPD), pues en definitiva se trata de datos personales de salud y, por ende, especialmente protegidos”.

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

-. [Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos sobre quién tiene acceso a la historia clínica.](#)

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

..

### Respuesta fundamentada

Estimado/a usuario/a,

Primero darle las gracias por la confianza depositada en la Clínica Legal y por la ayuda que nos presta permitiéndonos aprender mediante casos reales.

La consulta se divide en distintas secciones, como usted nos hablaba de diferentes documentos médicos primero haremos una breve aclaración de la terminología que utiliza la ley para cada uno de ellos y sus características. Pasaremos después a hablar sobre el derecho fundamental afectado en este caso que es el derecho a la protección de datos, estrechamente ligado con el derecho, también fundamental, a la intimidad. Una vez hecho esto a modo de introducción, veremos el caso concreto sobre el que nos hablaba, primero el suyo y después el de sus hijas, ya que resulta algo distinto. Ya para finalizar responderemos a la última parte de su consulta sobre si tenía que comunicar que tenía VIH al someterse, entre otros, a tratamientos de cirugía estética o al ir al dentista.

#### 1. Sobre los distintos documentos médicos

Es importante antes de nada conocer los distintos tipos de documentos médicos, ya que dependiendo de a cuál nos refiramos deberá incluir este tipo de información de la que nos habla. Esta distinción y definiciones las podemos encontrar en la Ley 41/2002, en concreto en su artículo 3.

- Certificado médico: la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento
- Historia clínica: el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.
- Informe médico: el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas. No confundir con el documento de alta médica, que será el que se entregue al empleador pertinente.

#### 2. Sobre su derecho a la intimidad y a la protección de datos

En la Constitución Española, en el artículo 18.4 se garantiza el derecho a la protección de datos, derivado del derecho a la intimidad. Ambos derechos están bastante relacionados y comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de



la vida privada y familiar (STC núm. 292/2000), pero el derecho a la confidencialidad ofrece al particular más facultades ya que garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Es un derecho con una esfera más amplia que el derecho a la intimidad no solo en su dimensión constitucionalmente protegida (STC 170/1987, de 30 de octubre, F.J. 4); también atribuye diversos poderes cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad. El derecho a la protección de datos nos permite saber quién realiza un tratamiento de nuestros datos personales, cómo y para qué; podemos disponer de ellos (STC 254/1993, F.J. 7).

Entendemos por “dato personal” la información sobre una persona física identificada o identificable, conforme al artículo 4 del Reglamento General de Protección de Datos, Además, en su artículo 9 se incluye a los datos de salud, como el VIH, como una categoría de datos especialmente protegida o sensible, esto implica que queda prohibido el tratamiento de datos personales de esta categoría excepto en algunos casos concretos contemplados en el apartado 2 del artículo. También que los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de estos datos.

Si una persona con VIH tiene pruebas o indicios de que se ha vulnerado este derecho, puede acudir a la Agencia Española de Protección de Datos y presentar una reclamación a través de un procedimiento gratuito que no necesita asistencia de un abogado. Además de las otras acciones legales que se pueden emprender características de los derechos fundamentales, tanto en vía administrativa como judicial, con procedimientos especiales y sumarios.

### **Cómo interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos.**

Se presentan dos opciones: una online a través de [este](#) enlace o presentar un escrito. Este debe contener:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige (en este caso, la Subdirección General de Inspección de Datos de esta Agencia, calle Jorge Juan, 6-28001-Madrid).

Las reclamaciones deberán expresar la identificación de los presuntos responsables y acompañar los documentos o cualquier otro tipo de prueba o indicio que permita corroborar los hechos objeto de reclamación. Más información [aquí](#).

### **3. Sobre su caso concreto**

La historia clínica es un documento que de acuerdo con la Ley 41/2002 tiene que tener un contenido auténtico y actualizado para poder proporcionar una correcta asistencia

sanitaria. Si se conoce el diagnóstico, como en su caso con el VIH debe compartirse con el personal sanitario que le esté atendiendo. Esto se extrae del artículo 2.5 de la ley mencionada que dice: “Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

Sin embargo, hay algo que sí se puede hacer al respecto que es ejercer un control activo de quién accede a su historial clínico. El sistema de la Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud permite tener conocimiento de cualquier acceso realizado a su historial clínico y también ocultar determinadas partes del mismo al personal sanitario que no le atiende. Puede consultar más información [aquí](#). Sin embargo, los sanitarios tienen un deber de confidencialidad y hay numerosas sentencias recientes que han condenado a sanitarios que lo han incumplido como la STS 476/2020 o STS 743/2021.

En el caso del certificado médico, este se suele requerir por parte de ciertos organismos públicos y privados para acreditar que una persona no tiene una enfermedad o discapacidad que le impida realizar un trabajo o determinada actividad. Como en el caso del VIH, una vez conocida la enfermedad, se puede saber cuáles son las vías de transmisión y como impedirla, como llevando a cabo un tratamiento médico, no imposibilita la realización de ninguna actividad. Por tanto, no debe de constar que una persona tiene VIH en el certificado médico, en caso de que se hiciera se podrían iniciar acciones administrativas y judiciales con las que reclamar, entre otras, una indemnización por daños y perjuicios.

Sobre el informe médico, desde la Clínica, consideramos que la respuesta más correcta sería limitar el tratamiento de los datos a aquellos que resulten pertinentes y relevantes en cada proceso concreto. Es decir, dependerá de cada situación y de si está relacionada con el VIH o su tratamiento o no.

Es muy relevante en todos estos casos el principio de minimización de datos de carácter personal que está recogido en el Reglamento General de Protección de Datos y en la legislación vigente sobre la materia. Teniendo que ser los datos personales adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

En el artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos se encuentran desarrollados los distintos principios, que podrían resultarle de utilidad en caso de tener que redactar una demanda. Estos son:

**Licitud lealtad y transparencia:** los datos personales serán tratados de una forma lícita, leal y transparente en relación con el interesado.

**Limitación de la finalidad:** los datos serán recogidos con un fin determinado, explícito y legítimo y no se podrán usar de forma posterior para otros fines.

**Minimización de datos:** los datos deberán ser únicamente los adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para el fin que persiguen.

**Exactitud:** los datos serán exactos y adecuados, en caso necesario se actualizarán, rectificarán o suprimirán sin dilación cuando sean inexactos con respecto al fin para el que se tratan.

**Limitación del plazo de conservación:** no se mantendrán los datos más tiempo del necesario.

**Integridad y confidencialidad:** se tratarán los datos de tal manera que se garantice la seguridad de los mismos, aplicando medidas técnicas u organizativas apropiadas.

#### 4. Sobre el caso de sus hijas

Esto es algo que resulta más complicado, en efecto si nos atenemos a la definición que nos proporciona la ley de los contenidos que deben incluir estos distintos documentos médicos, vemos que no es necesario que se incluya su condición de persona con VIH en el historial clínico de sus hijas. Tal y como hablábamos del principio de minimización de datos, aquí este dato no resulta pertinente. Es un dato que se ha recogido para un fin que es que forme parte de la historia clínica de usted por la relevancia en su tratamiento médico, pero al no tener influencia en el estado de salud de sus hijas no teniendo ellas el VIH es un dato que no es necesario y que incumple los diversos principios que mencionábamos anteriormente en la consulta. Ya que el fin para el que fueron recogidos no es este y se deben minimizar los datos a los pertinentes y este, como hemos dicho, no lo es.

Derecho de supresión recogido en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y al que se hace referencia en el artículo 15 la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD). Puede encontrar el formulario [aquí](#), en la página de la Agencia Española de Protección de Datos.

#### 5. Sobre las otras situaciones que plantea

En su consulta también se preguntaba si debía de comunicar que tenía VIH en sitios como el podólogo, el dentista, en una clínica estética etc. La respuesta es que esto depende del tipo de intervención o tratamiento al que vaya a someterse.

En determinados ámbitos, como el sanitario, sí que es obligatorio que comunique su estado de salud. Esto es realmente algo preventivo ya que podría darse que le dieran algún medicamento o anestesia y que tuvieran que estar en conocimiento de que tiene VIH. Esto sucede en algunos tratamientos en clínicas estéticas o dentales. Sin embargo, para otro tipo de casos que usted mencionaba como es el podólogo en el que el profesional debe utilizar un correcto equipamiento higienizado no es necesario que comunique que tiene VIH.

Lo que no pueden en ningún caso es denegarle el tratamiento al conocer que tiene VIH, puesto que se estaría vulnerando el derecho fundamental a la igualdad de trato del artículo 14 de nuestra Constitución. También es discriminatorio un sobre coste que no esté justificado. En la Ley General de Consumidores y Usuarios, en su artículo 3 se define el concepto de consumidor vulnerable como aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad. En su caso por su condición de salud y el estigma social con el que tiene que lidiar nos encontraríamos en esta categoría de consumidor.

En esta misma ley se reconoce en el artículo 8 la protección de los legítimos intereses

económicos y sociales de los consumidores; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, como podría ser en caso de que le denegaran el tratamiento o le impusieran un sobrecoste no justificado.

Si se encontrara en alguno de estos casos, no dude en contactar de nuevo con nosotros.

Muchas gracias por depositar su confianza en nosotros, si tiene cualquier otra pregunta no dude en consultarnos.

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

-. Una persona con VIH, residente en Madrid, con una discapacidad del 76% y un cáncer que se ha extendido. Los tratamientos contra el cáncer no han resultado efectivos por lo que su médico le ha indicado que podría participar en algún ensayo clínico pero que los protocolos le impiden el acceso a los medicamentos en investigación por razón de su estado serológico.

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

-. Estimado usuario,

Tras analizar su consulta nos ha surgido una duda. En este sentido, nos gustaría saber si es posible que nos traslade el protocolo del ensayo clínico al que se va a someter con la finalidad de conocer cuáles son los criterios de admisión establecidos en él, y así poder dar una respuesta más adecuada a su problema.

Un saludo y quedamos a la espera de su respuesta.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

**Marco Europeo:**

-. Reglamento (UE) N° 536/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de abril de 2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea* L n°158, de 27 de mayo de 2014. (en adelante Reglamento (UE) 536/2014)

**Marco Estatal:**

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

311 (en adelante, CE).

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

-. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159 (en adelante, Ley 14/2007).

-. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de julio de 2022, núm. 167 (en adelante, Ley 15/2022).

-. Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de diciembre de 2015, núm. 307 (en adelante, RD 1090/2015).

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

-Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Pleno), caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968. (en adelante STEDH (Pleno), caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968).

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo de 2008 (en adelante STC 62/2008, de 26 de mayo).

-. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5866/2016, (sala de lo Contencioso-Administrativa, sección 1), de 20 de julio de 2016, (recurso 148/2015). (en adelante STSJ GAL 5866/2016).

-. Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Gran Sala), caso López Ribalda y otros contra España, de 17 de octubre de 2019 [(en adelante STEDH (Gran Sala), caso López Ribalda y otros contra España, de 17 de octubre de 2019)].

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

-.

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

-.Domenech, I.P. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional.

-.Ramiro Avilés, MA, Ramírez Carvajal: Investigación biomédica clínica sobre VIH/SIDA en personas institucionalizadas.

-.Ramiro Avilés, MA, Ramírez Carvajal: Investigación clínica y discapacidad. Una aproximación desde la Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad.

-. *CESIDA*. (4 de febrero de 2019): Exclusión de las personas con VIH de los estudios sobre tratamientos frente al cáncer: <https://cesida.org/sin-categoria/exclusion-de-las-personas-con-vih-de-los-estudios-sobre-tratamientos-frente-al-cancer/#:~:text=A%20pesar%20de%20la%20alta,resultar%20poco%20seguras%20para%20ellos>.

### **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario,

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

1. El ensayo clínico.
2. La vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.
3. El Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos (CEIm)

#### **1. EL ENSAYO CLÍNICO**

Los ensayos clínicos se encuentran regulados en el Reglamento (UE) 536/2014. Se entiende por ensayo clínico según el artículo 2, apartado i) del RD 1090/2015, todo aquel estudio clínico cuya finalidad es la asignación de una determinada estrategia terapéutica a un sujeto, la cual no forma parte de la práctica habitual de la clínica. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia establece que “*del concepto legal de ensayo clínico se pueden extraer los siguientes datos: a) se trata de una investigación que se realiza sobre seres humanos; b) el objeto de la investigación radica en la determinación o confirmación de los efectos de los medicamento en investigación sobre el ser humano; c) la finalidad de la investigación es determinar la seguridad y eficacia del medicamento sobre el ser humano*”. (STSJ GAL 5866/2016, FJ 4).

Cabe destacar, que la investigación clínica no tiene como objetivo beneficiarle directamente (pues está diseñada para no dañar, según el principio de no maleficencia) sino generar un conocimiento científico que posteriormente pueda ser utilizado. Sin embargo, al tratarse de una investigación clínica sobre una enfermedad que le afecta (el cáncer), usted podría verse beneficiado en un futuro más o menos cercano. En este ensayo clínico, usted tiene el derecho a ser informado correctamente de forma escrita para que pueda prestar su consentimiento, siendo este consentimiento informado un requisito previo antes de la inclusión de una persona en un ensayo clínico con medicamentos (según la Ley 14/2007 y el RD 1090/2015).

Usted nos comunica que su doctora de oncología le ha dado una negativa a poder formar parte de un ensayo clínico, alegando que las farmacéuticas así lo dictan. No obstante, tenemos que tener en cuenta que el artículo 20 del RD 1090/2015 establece la evaluación de los aspectos del ensayo clínico, el propio precepto hace una remisión al artículo 6 del Reglamento (UE) 536/2014 que recoge que el ensayo clínico tiene que incluir los sujetos a los que va dirigido el tratamiento, y dar una explicación y justificación proporcional a aquellas personas que no pueden formar parte del ensayo



clínico. Asimismo, en el anexo I, apartado 17, letra v) se establece que el protocolo del ensayo clínico tiene que contener una descripción de los criterios de inclusión y exclusión de los sujetos.

Entendemos por criterios de inclusión, aquellas características de la población que hace posible la participación en el ensayo clínico, por el contrario, se entiende por criterios de exclusión aquellas características específicas de la población que hacen imposible su elección para participar en el ensayo clínico. En este sentido, a continuación vamos a realizar un análisis sobre si la exclusión que usted ha sufrido como consecuencia de su estado de salud constituye o no una discriminación del artículo 14 de la CE.

## 2. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Además de su mención como valor en el artículo 1 CE, el artículo 14 (que nos señala que *«los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*), incluyéndose el estado serológico en la última cláusula abierta) consagra la igualdad como derecho fundamental, dotado de la máxima protección constitucional. Conjugándolo con el artículo 9.2 CE, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Asimismo, estos deben remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y deberán facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

No obstante, debe usted saber que un trato diferencial no implica necesariamente un trato discriminatorio, pues para que se considere como tal, deberá incumplir el juicio de proporcionalidad que encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Lingüístico Belga, de 23 de julio de 1968; Caso López Ribalda y otros, contra España, de 17 de octubre de 2019):

1. La **idoneidad**: si la medida es apta para conseguir el fin perseguido.
2. La **necesidad o juicio de indispensabilidad**: una adecuada relación entre el medio y el fin, examinándose si la intervención es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución.
3. **Proporcionalidad**: que haya un equilibrio entre las ventajas y perjuicios por la limitación del derecho.

Actualmente, según Ramón Espacio, presidente de CESIDA, hay una alta incidencia del cáncer en personas con el VIH, existiendo una exclusión en los ensayos clínicos por la preocupación de que las nuevas terapias podrían resultar poco seguras para ellas. Por ende, no se han recopilado datos sobre los efectos de los tratamientos experimentales en personas con VIH y cáncer, desconociéndose si su uso es seguro y eficaz. De manera que deberían abrirse los criterios de inclusión con el fin de tener una base científica sólida que permita conocer con más certeza los riesgos sobre las personas con VIH.

Teniendo en cuenta todo esto, no sabemos aún si se trata exactamente de una discriminación, ya que usted no nos ha remitido el protocolo donde se mencionan los criterios de inclusión y exclusión.

### **3. EL COMITÉ DE ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CON MEDICAMENTOS**

El Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos (CEIm), regulado en el RD 1090/2015, se encarga de evaluar el protocolo de investigación, los documentos que vayan a ser utilizados para informar y obtener el consentimiento, emitiendo un informe favorable antes de que empiece el proceso de inclusión de participantes. La función principal es velar por el bienestar y los derechos de las personas que van a participar en el estudio o ensayo clínico.

Usted puede acudir al Comité de Ética del Hospital Gregorio Marañón para solicitar asesoramiento independiente, pudiendo remitirle el protocolo de investigación para preguntarle si la exclusión está justificada. Además, puede alegar, conforme a la Ley 15/2022 (que tiene como objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetando la dignidad de las personas) que usted ostenta el derecho que tiene toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, independientemente de su estado serológico.

Para más información, le proporcionamos a continuación la página web para que usted pueda ponerse en contacto con el Comité del Hospital Gregorio Marañón:

- <https://www.iisgm.com/organizacion/comisiones/comite-de-etica-de-la-investigacion-con-medicamentos-ceim/>

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

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

-. Una persona con VIH acude a la Clínica Legal solicitando información sobre la calificación del VIH como enfermedad infecto-transmisible, así como los requisitos para adoptar.

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

#### **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. Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 83, de 7 de abril de 1995.
- 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*, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- 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.

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

- España. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de mayo de 2004, que resuelve el recurso 56/2002.

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

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

- Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, “*VIH en los informes médicos, la historia clínica y los certificados médicos*”.
- Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, “*Impacto de la calificación legal del VIH como enfermedad infectocontagiosa*”.
- Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, “*La idoneidad de las personas con VIH para la adopción de menores*”.

## **Respuesta fundamentada**

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría agradecerle la confianza depositada en la Clínica Legal, ya que esto nos permite aprender y desarrollarnos profesionalmente.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en diferentes apartados. En el primero, le explicaremos el contenido y la emisión del certificado médico. En el segundo, analizaremos la calificación del VIH como enfermedad infecto-transmisible. En el apartado tercero examinaremos los requisitos para llevar a cabo una adopción a nivel nacional, mientras que en el cuarto aludiremos a la adopción internacional. Por último, le exponemos otra alternativa por si fuera de su interés: el acogimiento familiar.

### **ÍNDICE**

1. Certificado médico
2. Calificación del VIH
3. La adopción nacional
  - 3.1 Régimen jurídico
  - 3.2 Características y requisitos para adoptar
  - 3.3 Procedimiento de adopción
4. La adopción internacional
  - 4.1 Adopta en positivo: adopción de menores con VIH
5. El acogimiento familiar

### **1. Certificado médico**

En primer lugar, debemos señalar que el certificado médico suele requerirse por parte de organismos públicos y privados para acreditar que una persona no tiene una enfermedad infectocontagiosa o de otro tipo que pueda poner en riesgo la salud pública, o una discapacidad que impida realizar una determinada actividad.

Así, el concepto de certificado médico que proporciona el artículo 3 de la Ley 41/2002, determina que este consiste en una declaración escrita en la que un médico determina el estado de salud de una persona. Es decir, se trata de un documento elaborado por un profesional sanitario en el que se expone el estado de salud de la persona que lo solicita.

Una vez visto el concepto de certificado médico, debemos analizar su contenido. Para ello, debemos acudir al Código de Deontología Médica, pues en su artículo 20 determina que el contenido del certificado ha de ser auténtico y veraz. En este sentido, podemos decir que la finalidad del certificado médico es la de declarar el estado de salud de una persona y comprobar que se encuentra en condiciones idóneas para realizar una actividad. Por ello, su contenido debe limitarse a señalar si la persona es apta o no apta para llevar a cabo la actividad o función para la que se

solicita el certificado.

De manera que, en el certificado médico no se debe hacer constar explícitamente que la persona tiene VIH, pues en caso contrario, se expondría un dato personal sensible que podría ser consultado por terceras personas y, en este último caso, se podrían llevar a cabo acciones legales, tanto administrativas como judiciales, pues podría considerarse que esa inclusión no es necesaria ni pertinente para la finalidad que persigue, que es conocer si la persona es apta, lo que conllevaría una vulneración del principio de minimización de datos recogido en el Reglamento de la Unión Europea 2016/679. Este principio señala que únicamente deben ser objeto de tratamiento los datos que sean precisos para los fines específicos del tratamiento, limitando su accesibilidad.

A continuación, analizaremos la calificación del VIH como enfermedad infecto-transmisible y su relevancia para acreditar que no padece una enfermedad de estas características.

## 2. Calificación del VIH

Actualmente existe un debate científico sobre la calificación del VIH como una enfermedad infectocontagiosa o una enfermedad infecto-transmisible.

La diferencia entre una enfermedad infectocontagiosa y una enfermedad infectotransmisible es que, la primera se refiere a aquellas en las que basta el contacto o la convivencia con una persona infectada para que se produzca el contagio, es decir, son aquellas que se comunican por el aire (por ejemplo, el COVID). En cambio, las enfermedades infectotransmisibles son aquellas en las que es necesario un contacto más íntimo o específico para su transmisión, de modo que tienen vías específicas de transmisión.

Una vez aclaradas las diferencias, procederemos a examinar la categoría en la que, desde nuestro criterio, debería encajarse el VIH. El VIH es un virus que no puede sobrevivir fuera del cuerpo humano, pues científicamente se ha demostrado que el virus se inactiva en el plazo de horas y, por ende, no se transmite por el aire, sino única y exclusivamente por vías sexual, parenteral y vertical. Por consiguiente, debemos concluir que se trata de una enfermedad infecto-transmisible y, en ningún caso, infectocontagiosa.

Además, no solo la evidencia científica es la que nos lleva a calificar el VIH como una enfermedad infecto-transmisible, sino que, desde un punto de vista jurídico, la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 indica 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 los mecanismos de transmisión del VIH son bien conocidos: relaciones sexuales con penetración sin protección, inoculación de productos sanguíneos con el VIH o transmisión materno-fetal”*.

No obstante, conviene advertir que la calificación del VIH no tiene una respuesta concreta, pues los profesionales sanitarios mantienen diversas opiniones y no existe un criterio común.

### **3. La adopción nacional**

La adopción nacional es aquella que se produce entre adoptantes (la persona que adopta) y adoptandos (el menor que está en proceso de ser adoptado) españoles. Así, la adopción supone el acto, reconocido y acordado por la autoridad judicial competente, en el que se determina una relación de filiación entre dos personas, el adoptante y el adoptando. Constituye una relación de paternidad o maternidad con los efectos legales que a estos atañen. El objetivo de la normativa aplicable en materia de adopción es la de garantizar la protección de los menores, por lo que se establecen una serie de requisitos que analizaremos a continuación.

#### **3.1 Régimen jurídico**

Las normativas aplicables en materia de adopción son diversas. La primera es la Constitución, pues su artículo 39 garantiza la protección de la familia, en concreto, garantiza la protección de los hijos, con independencia de su filiación.

Por otro lado, nos encontramos con el Código Civil, en los artículos 175 a 180 se regulan los requisitos en materia de adopción.

Además, conviene tener en cuenta la Ley de Protección Jurídica del Menor, pues tiene como objeto garantizar el interés superior del menor y la promoción de la plena integración familiar, pues en su artículo 2 dispone que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las decisiones que le conciernen. De esta ley surge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia desde el punto de vista social y económico. Asimismo, es importante tener en cuenta que esta ley, respecto a la adopción de menores, remite a los requisitos que establezcan en cada comunidad autónoma.

Atendiendo a la comunidad autónoma, debemos mencionar la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, ya que en su artículo 58 observamos las aptitudes que se tienen en cuenta para valorar la idoneidad de los adoptantes.

#### **3.2 Características y requisitos para adoptar**

Como advertíamos, los requisitos de la adopción nacional se encuentran regulados en el Código Civil. Este determina en su artículo 175 que los adoptantes deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Requisito de edad:
  - La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años y menos de cuarenta y cinco años.
  - La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando será de, al menos, dieciséis años.
  - Si los futuros adoptantes se ofrecen a adoptar grupos de hermanos o niños con necesidades especiales, podrá existir una diferencia mayor de cuarenta y cinco años.
- Impedimentos para la adopción:



- No se puede adoptar a un descendiente ni a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad (nietos y hermanos).

Por su parte, el artículo 176 del Código alude al inicio del procedimiento. Este artículo dispone que, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la declaración de idoneidad a favor del adoptante por parte de la Entidad Pública. Es importante tener en cuenta qué se 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”*.

Ahora bien, para determinar la idoneidad del solicitante se evalúan una serie de aspectos psicosociales establecidos en el artículo 58 de la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. Entre ellos, podemos destacar los siguientes: a) tener medios de vida estables y suficientes; b) disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor; c) existencia de una vida familiar estable; d) entorno relacional amplio y favorable a la integración del menor; e) capacidad para cubrir las necesidades del adoptando. Dicho de otro modo, los aspectos que se evalúan son la actitud y comportamiento durante las entrevistas, el perfil individual de cada persona solicitante, la historia de la pareja y la relación actual, las capacidades educativas, el estilo de vida familiar, la salud física y la cobertura sanitaria, la situación económica y laboral, las características de la vivienda y su entorno. De manera que, si se cumplen con estos requisitos, no existiría ningún motivo para no obtener el certificado de idoneidad.

No obstante, uno de los criterios que debemos examinar es el de “disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor”. Como expusimos en el primer punto, en el certificado médico no se debe hacer constar que la persona tiene VIH, pues no es un dato relevante ni puede emplearse como argumento para denegar la adopción de un menor, ya que las personas con VIH indetectable no tienen ninguna limitación para ejercer la patria potestad ni suponen un riesgo para el interés del menor puesto que en estadio indetectable no transmiten la enfermedad. Por lo tanto, las personas con VIH que se encuentren bajo tratamiento adecuado y sometido a las precauciones exigibles, no tiene por qué suponer un impedimento para determinar la idoneidad en el desempeño de sus obligaciones como adoptantes y, por ende, no puede suponer un elemento determinante para la resolución de un informe desfavorable.

### **3.3 Procedimiento de adopción**

Primeramente, la Comunidad de Madrid ha de publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) las bases donde se establecen los requisitos, documentación, procedimiento, fechas (entre otros) para la adopción nacional. Al final del documento, en los Anexos, le aparece la documentación que debe rellenar. Como ejemplo, le adjuntamos el BOCM de 13 de enero de 2022: [https://www.asatlas.org/images/BOCM-20220113-28\\_Apertura\\_solicitudes\\_adopcion\\_en\\_la\\_CM.pdf](https://www.asatlas.org/images/BOCM-20220113-28_Apertura_solicitudes_adopcion_en_la_CM.pdf)

El procedimiento de adopción debe iniciarse por los interesados y de forma presencial. Los interesados deben adjuntar los siguientes documentos para que se

proceda a la apertura el expediente:

- Instancia de apertura de expediente de adopción nacional. En este documento, se deben cumplimentar los datos de los interesados, los medios de notificación, datos de otros ofrecimientos, es decir, si es su primera adopción, y, además, deberá aportar otros documentos (ofrecimiento, copias del DNI, certificados de empadronamiento).
- Ofrecimiento. Se trata de un documento en el que usted determina si quiere adoptar a un/a menor, si acepta hermanos, menores con algún tipo de discapacidad, entre otros.
- Certificado de empadronamiento.
- Copia del documento nacional de identidad y dos fotografías tipo carné.
- En caso de parejas, deben aportar el certificado original de matrimonio o inscripción como pareja de hecho.
- Certificado médico, como expusimos anteriormente.
- Certificado de antecedentes penales y de delitos de naturaleza sexual.
- Copia del documento acreditativo de la cobertura sanitaria (tarjeta de la Seguridad Social).
- Acreditación oficial de los ingresos económicos de los tres últimos ejercicios.
- Acreditación de la composición familiar y existencia de no descendientes.

Por último, le adjuntamos el enlace de la Comunidad de Madrid donde podrá consultar el plazo de presentación de los documentos anteriormente señalados y en el que podrá acceder al trámite una vez se aperture: <https://tramita.comunidad.madrid/prestacion-social/adopcion-nacional>

#### **4. La adopción internacional**

La Ley 54/2007 de Adopción Internacional establece 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.

Pueden presentar un ofrecimiento para adoptar en el ámbito internacional tanto las parejas casadas o parejas de hecho como las personas solteras, viudas o divorciadas que cumplan con los requisitos establecidos en la legislación española (artículos 175 y siguientes del Código Civil que analizamos anteriormente).

Sin embargo, es relevante tener en cuenta que el procedimiento de adopción internacional es especialmente complejo, ya que deben aplicarse las legislaciones de dos países distintos, es decir, la legislación del país de origen de los adoptandos y la legislación del país de origen de los adoptantes. De manera que, normalmente se suelen regular de forma diferente las cuestiones relacionadas con la adopción, por lo que son terceros países quienes determinan los requisitos y procedimientos, pudiendo excluir a las personas con VIH.

#### **4.1 Adopta en positivo: adopción de menores con VIH**

Una de las alternativas que le exponemos en este punto es la posibilidad de adoptar y acoger a menores con VIH. Este proyecto ha sido elaborado por CESIDA y la Asociación Familias de Colores. El objetivo es sensibilizar e informar a las familias y visibilizar a los menores con VIH que esperan la oportunidad de tener un hogar. Le adjuntamos el siguiente enlace por si está interesado en esta opción: <https://familiasenpositivo.org/recursos/guia-adopcion-en-positivo-el-proceso-de-acogimiento-y-adopcion-de-ninos-y-ninas-con-el-vih>

#### **5. El acogimiento familiar**

Por último, le explicaremos otra alternativa a la adopción: la figura del acogimiento.

El acogimiento familiar es una medida de protección de menores dirigida a aquellos que no pueden vivir con sus progenitores, es decir, esta figura tiene por objeto acoger a un menor mediante convenios establecidos entre una entidad pública y la persona que acoge, garantizando la guarda de un menor que se encuentra en una situación de desamparo, cuando no es posible que dicha guarda sea asumida por sus padres. Así, el acogimiento familiar busca como objetivo la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo acoge en su familia la obligación de velar por él, alimentarlo, educarlo y procurar una formación integral.

En cuanto a las modalidades del acogimiento familiar, podemos destacar:

- El acogimiento familiar temporal: tiene un carácter transitorio y se acuerda cuando se prevé que los padres podrán recuperar la capacidad para atender al menor. Se establece un plazo máximo de dos años.
- El acogimiento familiar permanente: cuando se prevé que el menor no podrá regresar con su familia de origen a largo plazo.
- El acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años. Su duración no será superior a seis meses.

Por último, los requisitos y los criterios de valoración son los mismos que se establecen para la adopción y que hemos analizado anteriormente.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le rogamos que se ponga en contacto con nosotros nuevamente en caso de que siga existiendo cualquier duda.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

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

-. El usuario es una persona que vive con el VIH y en la actualidad tiene carga viral indetectable. Durante los trámites para realizarse una endoscopia informa a la clínica Santa Isabel de Sevilla donde le derivan del Servicio Andaluz de Salud, sobre la

medicación que toma, entre la que se encuentra antirretrovirales por el VIH, a consecuencia de esto le comunican que existe un protocolo de infecciosos que establece que la prueba se tendrá que realizar en último lugar para que se realice una desinfección especial del material.

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

-.

**Instrumentos Normativos Utilizados**

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

-. España. Constitución Española. Publicada en el BOE número 311 de 29 de diciembre de 1978.

Artículo 9 Promoción de la libertad e igualdad por parte de los poderes públicos

Artículo 14. Derecho a la igualdad y no discriminación

Artículo 53 Recurso de amparo

-. España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en la *Gaceta de Madrid* de 17 de septiembre de 1882, número. 260.

-. España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en la *Gaceta de Madrid* de 25 de julio de 1889, número 206.

Artículo 1902

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 24 de noviembre de 1995, número 281

Artículo 512

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

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

-. España. Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de julio, núm. 167.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley

-. España. Ley de 25 de abril, General de Sanidad, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril de 1986, núm. 102

Artículo 10

-. España. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, Publicada en el

*Boletín Oficial del Estado*, de 5 de octubre de 2011 núm. 240.

Artículo 6.1 Derecho a la igualdad

-. Decreto 82/2022 de 17 de mayo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, número. 95.

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

-. Tribunal Constitucional. Sentencia 119/2002 de 20 de mayo.

**Hechos del caso.** Se recurre a ampro un convenio colectivo que establecía diferencias retributivas entre especialistas de ingreso y los especialistas letra a). Representando una diferencia entre los trabajadores que estaban ya en la empresa y los nuevos contratados.

Se ha utilizado el Fundamento Jurídico 3

-. Tribunal Constitucional. Sentencia 3/2007 de 15 de enero.

**Hechos del caso.** Se presenta demanda por vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación por razón de sexo ya que se le negó una reducción de horario de 16.00 horas a 21.15 de lunes a miércoles ya que según la empresa el horario reducido a aplicar debía desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a sábado.

Se ha utilizado el Fundamento Jurídico 2

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

-. Estándares y recomendaciones de calidad de las unidades asistenciales. Bloque quirúrgico. Cirugía mayor ambulatoria.

-. Protocolo para identificación de la discriminación contra las personas que viven con VIH. ONUSIDA. Versión noviembre 2001.

-. Informe sobre discriminación en aplicación de protocolos hospitalarios internos por razón de VIH. CESIDA y Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

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

-.

## **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.

Es una práctica extendida que los hospitales o centros de salud tengan protocolos donde se dé un trato diferenciado a las personas que tienen VIH, argumentado que están encaminados a disminuir los riesgos de una posible transmisión de la enfermedad. En las próximas líneas estudiaremos sí establecer un trato diferenciado puede suponer discriminación directa por estado serológico y en tal caso, cuáles son las opciones que tiene para defender su derecho.

### **Discriminación por estado serológico positivo**

El Protocolo para la Identificación de la Discriminación contra las Personas que viven con VIH”, de ONUSIDA, versión española de noviembre de 2001, define la discriminación arbitraria como aquella que acarrea una distinción entre las personas por razón de salud o su estado serológico, confirmado o supuesto. Este tipo de discriminación conlleva unas consecuencias negativas en la salud pública ya que, tiende a infundir miedo e intolerancia creando un clima perjudicial para la prevención precoz de la enfermedad; puede generar un exceso de confianza entre los grupos que no sean objeto de atención especial induciéndoles a creer que no corren riesgo y aumenta la marginación de las personas que viven o creen vivir con VIH.

El protocolo ofrece una serie de criterios encaminados a evaluar la existencia de discriminación arbitraria:

- Principio de no discriminación, todas las personas en igual situación deben ser tratadas de igual forma.
- La discriminación puede ser por acción u omisión, es decir, cuando la inacción institucional puede ocasionar una situación de desigualdad.
- Discriminación intencional o no intencional cuando se genera una situación de desigualdad, aunque la intención fuera la contraria.
- Discriminación directa cuando se basa en las características del individuo e indirecta según el protocolo es cuando y una práctica, norma o requisito son neutros, pero tienen un efecto discriminatorio en grupos específicos.

Para el protocolo la discriminación denota “cualquier forma de distinción, exclusión o restricción que afecte a una persona, en general, pero no exclusivamente, por razón de una característica personal inherente, con independencia de que exista o no justificación”. Desde una perspectiva jurídica es necesario que cualquier normativa o actuación que suponga un trato diferencial de las personas con VIH se basen en criterios razonables, justificados y objetivos.

La legislación española garantiza tanto a través de la Constitución Española (en adelante CE) como con el resto de normativa la protección de los derechos de las personas con VIH. Así como ejemplo el artículo 14 de la CE establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”. La Ley General de Sanidad, establece en el artículo 10 el derecho de todos los ciudadanos al respeto de su personalidad, dignidad humana, sin que pueda ser discriminado. El precepto 6 de la Ley General de Salud Pública indica que “Todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, sin que pueda producirse discriminación...La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato...”



En julio de 2022 con la publicación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación se incorpora el estado serológico al listado de motivos de discriminación, esto ha supuesto un gran avance en la protección de los derechos de las personas que viven con VIH. Establece la Ley que “... podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma de rango de ley, o cuando resulte de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad”...“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato...”

Como vemos, establecer diferencias de trato no tiene por qué suponer una situación de discriminación siempre que éstas sean razonables y objetivas. El Tribunal Constitucional, (en adelante TC) también se ha referido a este extremo, recordando tanto en la sentencia 119/2002 FJ 3º “... Lo que prohíbe el principio de igualdad, son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de la distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmerecidos...”. como en la sentencia 3/2007 FJ 2. que “...habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que ellos supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de la diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten en todo caso desproporcionadas...”

### **Protocolo hospitalario y trato diferenciado.**

El protocolo hospitalario para las intervenciones quirúrgicas de personas que viven con VIH se centra en trasladar la intervención del paciente con VIH a la última programada para poder realizar una limpieza más exhaustiva del instrumental y así disminuir los riesgos de una posible transmisión de la enfermedad.

En el ámbito sanitario existe el riesgo de transmisión de enfermedades a través de la sangre a causa de inoculaciones accidentales tanto de la sangre del paciente al profesional sanitario, como el profesional sanitario al paciente como de paciente a paciente. Si bien es cierto que el riesgo de infectarse por VIH durante procedimientos médico-quirúrgicos se ha observado que es mínima y depende tanto del tipo de exposición como del estado serológico del paciente. Es necesario e imprescindible que el personal sanitario conozca y cumpla con las medidas de prevención con independencia del estado serológico del paciente.

Las precauciones universales se encuentran recogidos desde las normas de higiene

personal, como es el lavado de manos, como los elementos de protección de barrera que será adecuada según el procedimiento que se realice.

- ✓ Se deben utilizar guantes al manejar sangre, fluidos corporales, al contacto de la piel, al realizar procedimientos invasivos. Los guantes deben cambiarse con cada paciente.
- ✓ Utilización de mascarillas cuando exista riesgo de salpicaduras o fluidos corporales, por ejemplo, durante una endoscopia, práctica de procedimientos invasivos.
- ✓ Utilización de protección ocular cuando se pueda producir salpicaduras en la mucosa ocular.

Por tanto, no resulta adecuado establecer un trato diferenciado en los protocolos hospitalarios en relación con el estado serológico positivo ya que el VIH es una enfermedad infecto-transmisible, con un mínimo riesgo de transmisión en el ámbito sanitario y que se reduce a un porcentaje insignificante en el momento que se utilizan de forma correcta las precauciones universales. Es importante destacar que, en su caso al tener una carga viral indetectable no genera ningún riesgo de transmisión por lo que no existe motivo para que le programen ningún tipo de intervención en la última franja horaria.

### **Vías de reclamación**

En su consulta nos indica su intención de poner una reclamación en la Clínica Santa Isabel de Sevilla, en las próximas líneas le ofreceremos la información necesaria para defender sus derechos.

*Reclamación ante la Oficina de Consumo de la Junta de Andalucía.*

Tendrá que solicitar en la Clínica Santa Isabel una hoja de reclamaciones, cuya entrega será obligatoria o si prefiere podrá descargarla a través de la web de la Junta de Andalucía. En la reclamación deberá constar:

- ✓ Nombre, dirección DNI y teléfono del reclamante.
- ✓ Nombre comercial, denominación social, domicilio, NIF y teléfono de la clínica.
- ✓ Descripción breve y clara de los hechos objeto de la reclamación.
- ✓ Petición de la reclamación
- ✓ Si solicita mediación o arbitraje (si no recibe contestación en diez días podrá acudir a la vía judicial y renunciar al arbitraje)

La hoja tendrá que ser firmada por la Clínica Santa Isabel, en el caso de que no le quieran facilitar la hoja de reclamaciones, se nieguen a firmarla o a recibirla usted podrá solicitar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes más próximos con el fin de que hagan costar la negativa de la clínica.

Una vez presenta la reclamación la Clínica Santa Isabel dispone de diez días para darle contestación, no cumplir esta obligación supondría una sanción administrativa en materia de consumo.

Una vez transcurrido el plazo si no ha recibido contestación o no ha sido conforme a sus intereses, podrá remitir el ejemplar para la Administración de la hoja de

reclamaciones junto con el escrito de contestación de la clínica. La autoridad competente en materia de consumo acusará recibo a la parte en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de la reclamación.

Como hemos visto anteriormente, cuando rellena la hoja de reclamaciones, usted puede solicitar mediación o arbitraje. En el primer caso se trata de un método de solución de controversias en el que las partes con la intervención de un mediador buscan voluntariamente llegar a un acuerdo que satisfaga a ambas. El arbitraje es otra forma de resolver un litigio sin la necesidad de llegar a la vía judicial, ahorrándose por tanto los costes judiciales, a través de esta modalidad la controversia se somete a un árbitro o Tribunal que dicta un laudo de obligado cumplimiento para las partes, renunciando a la vía judicial, (salvo que existan indicios de delito).

También existe la posibilidad de iniciar actuaciones por la vía judicial a través del recurso de amparo civil o amparo judicial ordinario. Esta protección jurídica especial se caracteriza por su preferencia sobre otros asuntos, se da al amparo del artículo 53.2 de la CE por haberle sido vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación protegidos por el artículo 14 de la CE.

Al tratarse de materia de protección civil de derechos fundamentales, deberá presentar la demanda de amparo civil ante el Juzgado de Primera Instancia de donde tenga usted establecido su domicilio, deberá ir acompañado de abogado y procurador. La Clínica Santa Isabel respondería por sus propios actos en virtud del artículo 1902 del Código Civil que obliga a la reparación del daño causado a quien por acción u omisión lo cause intervenga culpa o negligencia.

En la demanda deberá figurar los hechos que han constituido una vulneración de sus derechos junto con todos los documentos que puedan acreditarlo. Jurídicamente se deberá incidir sobre que la medida se aplicó por razón de su estado serológico positivo, dándose una situación de discriminación, puesto que no responde a un juicio de proporcionalidad, al establecerse un trato diferenciado sin que se den causas justificadas ni objetivas.

En cuanto a la petición de la demanda civil, señalará que se le reconozca y se restituya su derecho a la igualdad a través de la nulidad de la cláusula del protocolo hospitalario. En cuanto a la cuantía de la indemnización pretendida se tendrá que adecuar a los daños y perjuicios causados.

Por último, usted podría acudir a la vía penal por una posible comisión delictiva, en este caso se podría ejercer la acción penal y civil de forma conjunta.

En este caso tendría que interponer querrela o denuncia, la primera supondría que usted es parte acusadora el proceso penal por lo que para su interposición es necesario procurador y abogado. En relación con la denuncia usted no interviene personalmente en el procedimiento, la denuncia consiste en declarar ante el Juez, el Ministerio Fiscal o la policía, sobre unos hechos que usted considere pueden ser constitutivos de un delito.

En cuanto al tipo penal que motivaría la querrela o denuncia lo encontraríamos en el artículo 512 del Código Penal “Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión... enfermedad que padezca... incurrirá en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e

inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”.

La interposición de la denuncia o querrela podría interponerse contra la Clínica Santa Isabel como responsable civil subsidiaria conforme al artículo 31 bis del Código Penal “... las personas jurídicas serán penalmente responsables: de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de las personas jurídicas u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

### **Turno de oficio y justicia gratuita**

Si decide defender sus derechos por la vía judicial es importante que conozca el servicio de Turno de Oficio y Justicia Gratuita.

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

A través de la página <https://www.abogacia.es/servicios/ciudadanos/servicios-de-orientacion-juridica-gratuita/> podrá comprobar si cumple los requisitos necesarios para solicitar Justicia Gratuita. Si lo desea también podrá acudir al Colegio de Abogados más cercano a su localidad. Estos suelen tener un servicio de orientación jurídica donde tramitan las solicitudes de asistencia jurídica gratuita y donde realizan un asesoramiento jurídico preliminar. El abogado y el procurador serán designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio, asumiendo la Administración el pago de los honorarios.

Hay que señalar que el derecho a la asistencia ajurídica gratuita se amplía de forma excepcional atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante, por lo tanto, al tratarse de un procedimiento relacionado con el VIH, le deberían reconocer la asistencia jurídica gratuita si no supera un determinado umbral económico.

Para finalizar ya modo de conclusión recordar la importancia de la Ley 15/2022 en el avance de los derechos de las personas con VIH. Desde la incorporación del estado serológico como motivo de discriminación, la inversión de la carga de la prueba cuando se situaciones de discriminación, es decir, tendrá que ser el demandado quien demuestre que no se ha producido un hecho discriminatorio o la incorporación y definición de nuevos tipos de discriminación.

La ley también establece la creación, (aunque aún no se ha formalizado), de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación dedicara a promover y proteger la igualdad de trato y no discriminación. Entre sus funciones se encuentra la de garantizar la prestación de servicios especializados de asistencia y orientación a personas que hayan sufrido discriminación, incluido la recepción y trámite de quejas o reclamaciones, actividades de mediación y conciliación.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH



---

**CLINICA LEGAL**  
Calle Libreros 27  
28221 Alcalá de Henares