



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DECADE
CLÍNICA LEGAL

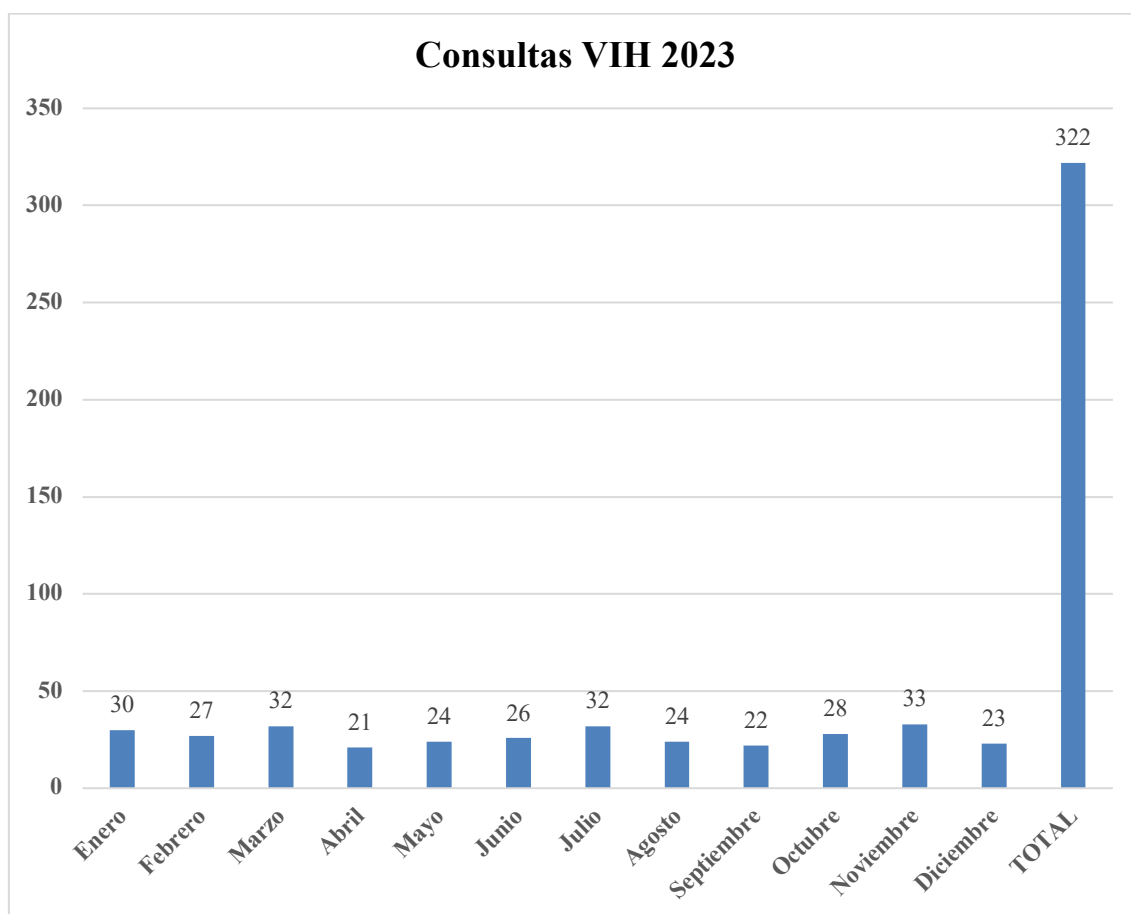
ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS RECIBIDAS EN LA CLÍNICA LEGAL CESIDA/UAH EN 2023

INTRODUCCIÓN

Se recogen en este informe los principales resultados del análisis de las consultas recibidas en los buzones de correo electrónico habilitados en CESIDA y en la Universidad de Alcalá. Se destaca en el informe que en 2023 sigue estando presente un genuino problema de derechos humanos en España que perjudica a las personas con el VIH pues los estudiantes sin nacionalidad de un país de la Unión Europea que necesitan acceder al tratamiento antirretroviral sufren una discriminación indirecta. En el último apartado se recogen las consultas que hemos considerado más interesantes.

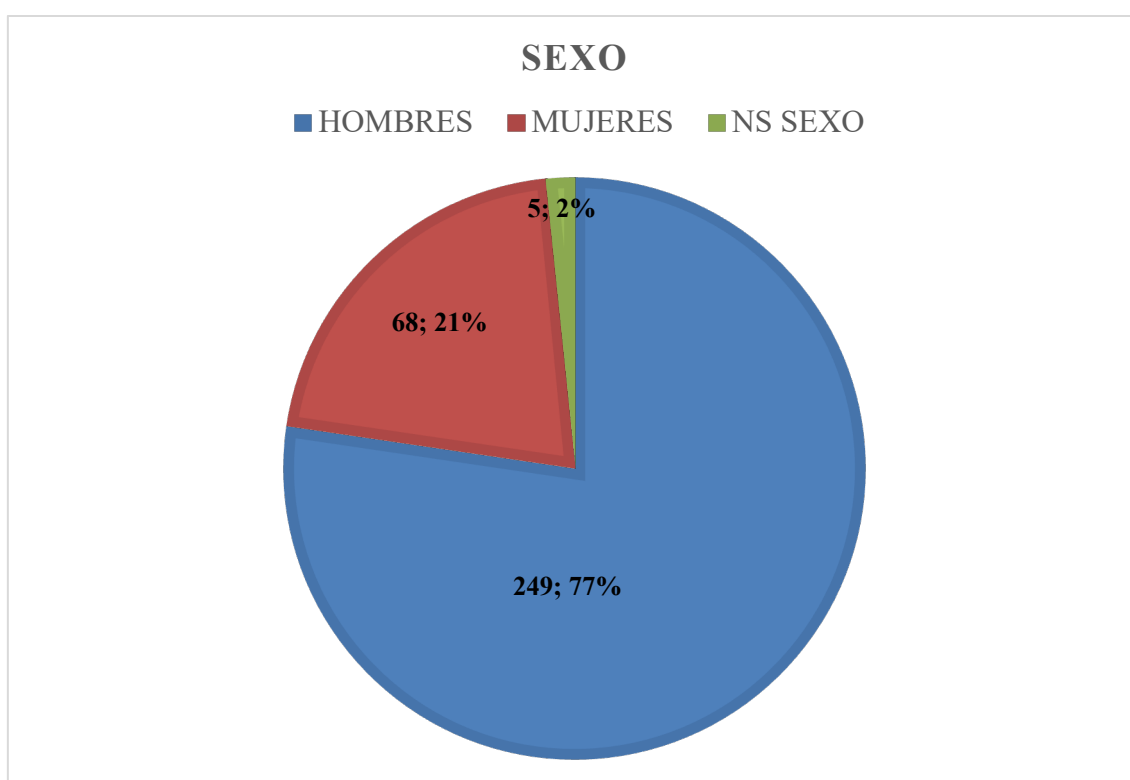
RESULTADOS

En 2023, se han recibido en los buzones de correo electrónico habilitados en CESIDA (clinicalegal@cesida.org) y en la Universidad de Alcalá (clinicalegal@uah.es) un total de 322 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. 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/las estudiantes de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la UAH. En 2023 participaron a lo largo de todo el año un total de 55 estudiantes, siendo 39 mujeres y 16 hombres.

Por lo que respecta al análisis de las consultas, las personas que consultan son mayoritariamente hombres (249 consultas, que representan el 77%), lo que concuerda con los datos epidemiológicos del VIH en España pues esta condición de salud está muy masculinizada.

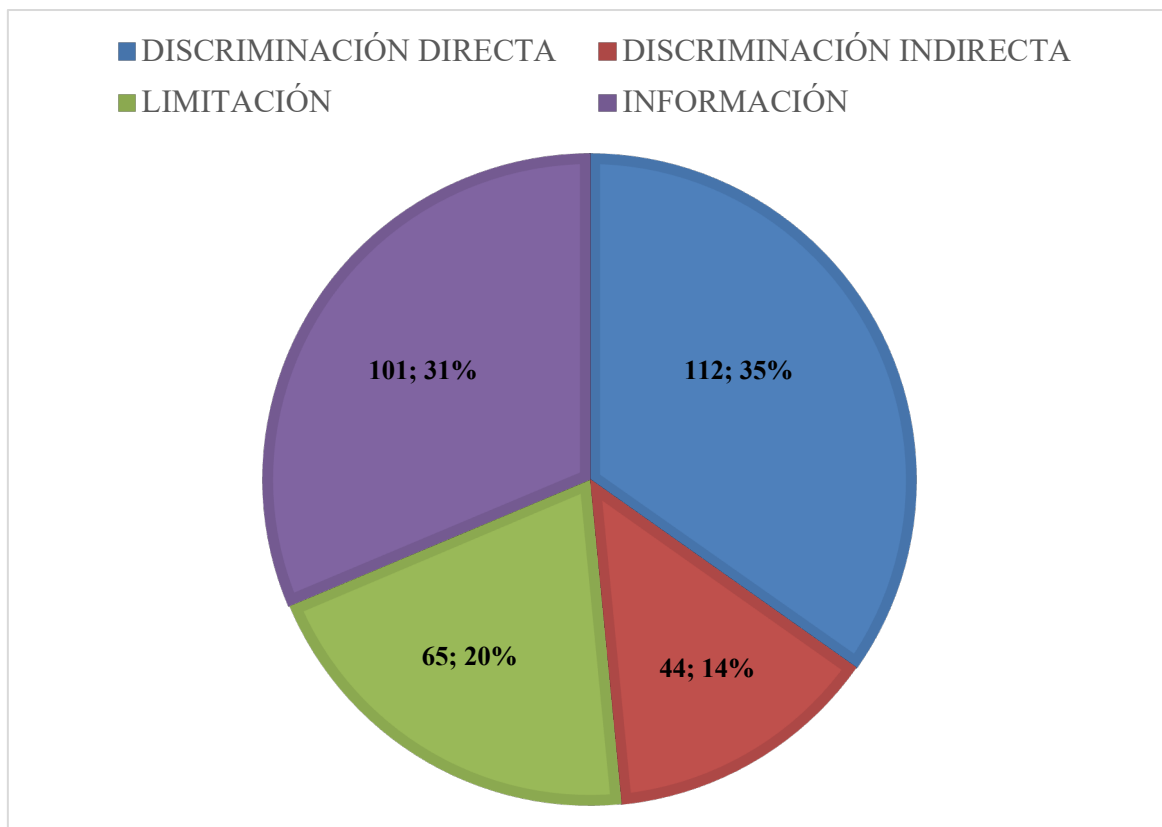


La identificación del sexo de las personas que usan los servicios de la Clínica Legal se ha realizado a través de los nombres que figuran en la firma de los correos electrónicos o de los nombres que aparecen en las cuentas de correo electrónico. En 5 casos (que representa el 2% de las consultas) no fue 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 tratan los asuntos estudiados. Esto impide saber qué número de personas trans 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 (177 consultas, que representa el 55%) aunque es muy destacable el impacto que tiene la Clínica Legal en los países hispanohablantes. En 22 casos 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.



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. 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 legislación y 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 otra 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 entró 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.

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.

UN PROBLEMA ACUCIANTE DE DERECHOS HUMANOS: LAS PERSONAS CON EL VIH SIN NACIONALIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA CON VISADO DE ESTUDIOS

En 2023 se han recibido 75 consultas sobre acceso a seguros personales (salud, vida o decesos), de las cuales 37 corresponden a personas con el VIH que no tienen nacionalidad de un Estado Miembro de la Unión Europea y que han solicitado o son titulares de un visado de estudios. Entendemos que estamos ante un caso de discriminación indirecta por razón del estado serológico ya que en España está vigente una disposición jurídica aparentemente neutra que ocasiona una desventaja particular a las personas con el VIH con respecto a otras. Los casos de discriminación indirecta se centran en el resultado causado o que podría causarse; permiten observar la situación de dominación y opresión en que se encuentran determinados grupos de personas pues no sólo se fija en la similitud o diferencia del trato sino también en el poder sobre o la supremacía que ejerce el grupo social dominante sobre un grupo dominado.

Esta exclusión es preocupante porque la eliminación del VIH para 2030 requiere no sólo que las personas con el VIH tengan garantizado el acceso al tratamiento antirretroviral o que alcancen la indetectabilidad de la carga viral, o que las personas en riesgo de infectarse tengan acceso a pruebas de detección rápida, o a la profilaxis previa y posterior a la exposición, sino que la consecución de ese objetivo también requiere eliminar todas aquellas normas jurídicas que las discriminen de cualquier forma.

Aunque los tratamientos antirretrovirales, seguros y efectivos, existen gracias a los esfuerzos de la investigación clínica realizados en estas cuatro décadas de epidemia de VIH, son las leyes vigentes y las políticas públicas desarrolladas en cada Estado las que determinan, para bien o para mal, el acceso a los medicamentos que previenen la enfermedad y la muerte asociadas al VIH.

La migración ha sido identificada como un factor clave en la propagación de enfermedades infecciosas y el establecimiento de epidemias¹. Los estudiantes internacionales, definidos como personas que han cruzado una frontera internacional con

¹ ROSEN, G., *A history of public health*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2015, p. 133; PORTER, D., *Health, Civilization and the State*, Routledge, New York, 1999, pp. 80-81.

el fin de realizar un programa de estudios, son un grupo de migrantes que pueden ser más propensos a contraer infecciones de transmisión sexual debido a ciertos estilos de vida².

Actualmente, la mayoría de los países, territorios y áreas del mundo no tienen restricciones directas de entrada, estancia o residencia para personas con el VIH. Sólo unos pocos países exigen la prueba del VIH o una declaración de salud para determinados tipos de permisos de entrada, estudio, trabajo y/o residencia; otros pocos prohíben la estancia a corto y/o largo plazo basándose en su estado serológico respecto del VIH; y los menos deportan a extranjeros sobre la base de su estado serológico respecto del VIH³.

Varios estudios e informes han descrito la existencia de restricciones y limitaciones directas de la movilidad internacional de personas con el VIH⁴ pero no abordan las restricciones indirectas de la movilidad relacionadas con el VIH. En países sin limitaciones directas también es posible encontrar limitaciones que afectan a la movilidad de las personas con el VIH en normas aparentemente neutras que son la fuente de la discriminación indirecta.

El sistema legal vigente en España es un ejemplo de ese escenario donde no existen restricciones de viaje relacionadas con el VIH, pero la aplicación de la normativa migratoria crea una discriminación indirecta que restringe la movilidad de las personas con el VIH y la Administración debería ser consciente del impacto que tiene en este grupo. Esta discriminación se produce a pesar de que la legislación en materia de extranjería es *neutra*, pues no limita la entrada a España de las personas con el VIH, y *formalmente* el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos, con o sin copago, es universal.

El análisis de la legislación muestra que en la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, el artículo 1.2 señala que la titularidad del derecho a la protección de la salud

² ALCOCER-BRUNO, C., et al., “Personal and lifestyle determinants of HIV transmission risk in Spanish university students”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17 (2020), doi: 10.3390/ijerph17228332.

³ UNAIDS, *Still not Welcome. HIV-related travel restrictions*, 2019.

⁴ DUCKETT, M., ORKIN, A., “AIDS-related migration and travel policies and restrictions: a global survey”, *Aids*, 3 (1989), pp. s231-s252; AMON, J., TODRYS, K., “Fear of foreigners: HIV-related restrictions on entry, stay, and residence”, *Journal of the International AIDS Society*, 11:8 (2008), doi: 10.1186/1758-2652-11-8; LAZARUS, J., et al., “HIV-related restrictions on entry, residence and stay in the WHO European Region: a survey”, *Journal of the International AIDS Society*, 13:2 (2010), doi: 10.1186/1758-2652-13-2.

y a la asistencia sanitaria corresponde a «todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». En el apartado 3 se indica que «los extranjeros no residentes en España (...) tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan». Por su parte, la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, en el apartado 1 del artículo 3 reconoce la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria a «todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español». El apartado 2 del artículo 3 de la Ley 16/2003 señala que «para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos (...)». El supuesto que interesa se detalla en la letra c): «ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía».

En la regulación del visado de estudios incluida en el Real Decreto 557/2011 se señala que este tipo de visado concede una autorización de estancia por un período superior a 90 días, hasta un máximo de dos años (art. 37.3), cuando «el programa de estudios se desarrolle en una institución de enseñanza superior autorizada y conduzca a la obtención de un título de educación superior reconocido, lo que puede incluir un curso preparatorio a dicha educación superior o unas prácticas de formación obligatoria». Igualmente, se concederá este tipo de visado cuando el fin único o principal sea la «realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios», la «realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores», la «participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido», la «realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada» o la «prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general» (art. 37.1). Este tipo de visado «incorporará la autorización de estancia y habilitará al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de la actividad respecto a la que se haya concedido» (art. 37.2).

El artículo 38 incluye entre los requisitos generales, «contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España» y, si la duración de la estancia supera los seis meses, se requerirá un certificado médico en el que se haga constar que no se tiene «ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005». Cabe mencionar que ni el VIH ni el Sida figuran en ese listado de enfermedades.

Por lo que respecta a la interpretación del artículo 38, la *Instrucción 2/2018, de la Dirección General de Migraciones, sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE*, en su apartado 3, dice textualmente:

«En relación al requisito del artículo 38.1.a) 4º de “contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España” se señala que debe tratarse de entidades autorizadas para operar en España, que el seguro debe abarcar todos los riesgos cubiertos normalmente para nacionales (es decir, el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud regulados en los artículos 7 y siguientes de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud) y que se debe mantener durante toda la vigencia de la autorización. Debido a la exigencia del seguro médico como requisito para la admisión, no podrán ser beneficiarios del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria previsto en el artículo 3, 3bis y 3ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de los derechos derivados en aquellos casos en los que se suscriba un contrato de trabajo. En estos casos, se incluirán, tras su afiliación y alta en la Seguridad Social, en la extensión del campo de aplicación del régimen general de la seguridad social y, por tanto, la asistencia sanitaria formará parte de su acción protectora de acuerdo con lo previsto en los artículos 7.1.a) y 42.1.a del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Debe tenerse en cuenta que, en aquellos supuestos en los que el estudiante participe de un programa en el que la institución suscribe

por él un seguro, este se entenderá suficiente en caso de que abarque todos los riesgos cubiertos normalmente para nacionales».

La exigencia de contratar un seguro público o privado de enfermedad guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003 cuando señala que para hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, la persona extranjera «no [debe] tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía». De igual forma, concuerda con lo dispuesto en el artículo 3 ter, pues las personas extranjeras con un visado de estudios nunca podrán beneficiarse de la protección de la salud concedida a las personas sin residencia legal.

Por último, también concuerda con el contenido de la *Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos/as o proyectos educativos y colocación au pair*. En el artículo 7.1.c se señala como un requisito que los y las estudiantes de terceros países presenten «documentos que prueben que el nacional de un país tercero ha suscrito o, si así lo exige el Derecho nacional, ha solicitado suscribir un seguro de enfermedad para todos los riesgos cubiertos normalmente para los nacionales del Estado miembro en cuestión; el seguro deberá ser válido para la duración de la estancia prevista». Por su parte el artículo 11 señala que «se considerará que satisfacen el requisito exigido en el artículo 7, apartado 1, letra c), los nacionales de países terceros que, por estar matriculados en una institución de enseñanza superior, se benefician automáticamente de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente cubiertos para los nacionales del Estado miembro de que se trate».

Este caso pone de manifiesto cómo la población migrante sigue enfrentándose a unas barreras de acceso a la asistencia sanitaria, lo cual tiene repercusión tanto en el diagnóstico como en la prevención y el tratamiento del VIH; barreras que no derivan de un problema de justicia distributiva sino del lugar que se le asigna en la sociedad a la población migrante sin nacionalidad de un país de la UE. La negación de la asistencia sanitaria es una clase de violencia hacia este grupo porque su vida e integridad física se ven comprometidas sin el acceso universal y asequible a las prestaciones sanitarias, que debe incluir la prestación farmacéutica dispensada de urgencia o de forma ambulatoria,

con una finalidad terapéutica o preventiva. Este acceso es indispensable para las personas con el VIH o que estén en riesgo de infectarse, dado el alto coste que tiene el TAR, la PPE o la PrEP. Sin accesibilidad y asequibilidad no es posible disfrutar del derecho a la protección de la salud en el nivel más alto posible; sin universalidad y asequibilidad, las personas con el VIH o las que puedan estar en riesgo de infectarse se encontrarían con una barrera infranqueable a la hora de afrontar sus proyectos personales, pues su vida e integridad física dependen de que esté garantizado el suministro del tratamiento antirretroviral o de alguno de los tipos de profilaxis. De ese modo, las personas migrantes con el VIH que están en esta situación no tienen ni posibilidad de autodesarrollo ni de autodeterminación debido a la restricción institucional.

CONSULTAS MÁS RELEVANTES EN 2023

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

-. Un usuario con VIH acude a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para solicitar información sobre la legalidad de que le obliguen a renovar el carnet de conducir cada tres años por tener VIH. Aunque, tras insistir, consigue que le renueven el permiso de conducción cada cinco. Ante esta situación, desde la Clínica Legal se le redactó una consulta aconsejándole que acudiera a la DGT. No obstante, el usuario decidió enviar un correo electrónico al Defensor del Pueblo, cuya contestación fue que acudiera a la DGT. Por ello, el usuario acude nuevamente a la Clínica Legal para solicitar un escrito con el fin de presentarlo ante la DGT.

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...)⁵

-. Constitución española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 11, de 29 de diciembre de 1978.

-. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 12 de enero de 1996.

⁵ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

- 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.

- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 13 de julio de 2022.

- Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 308, de 24 de diciembre de 2022.

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

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁶

- Sentencia del Tribunal Supremo Boliden, de 10 de noviembre de 2011.

- Sentencia del Tribunal Supremo 201/2023, de 16 de febrero.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1983, de 24 de enero.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2017, de 18 de diciembre.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁷

-

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

- Sede electrónica de la DGT: [Presentación de escritos y comunicaciones \(dgt.gob.es\)](https://www.dgt.gob.es)

Respuesta fundamentada⁸

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría agradecerle que haya vuelto a contactar con la Clínica Legal, ya que su consulta nos ayuda a desarrollarnos profesionalmente. A continuación, le exponemos el índice que vamos a seguir para responder a su pregunta.

⁶ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porque es útil para la respuesta

⁷ Se explicará su utilidad para la respuesta.

⁸ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

ÍNDICE

1. Presentación del escrito
2. La nulidad de los actos administrativos y sus efectos
3. Respuestas posibles una vez presentado el escrito
4. Orientación y Asistencia jurídica gratuita

1. Presentación del escrito

En este punto le explicamos las formas de presentación del escrito dirigido a la DGT. Actualmente, puede presentarlo de dos formas: vía telemática y de forma presencial. En la **vía telemática** puede presentar el escrito a través del servicio de presentación de quejas y sugerencias de la página de la DGT. Para ello necesitará lo siguiente:

- Disponer del D.N.I. electrónico, bien un certificado digital o el sistema cl@ve para acceder al servicio.
- Además, como la presentación de su escrito debe ir firmada, es importante que verifique si tiene descargado el programa Autofirma.

Una vez autenticado, debe rellenar los campos, adjuntar la documentación solicitada para el trámite y seleccionar como Organismo destinatario Dirección General de Tráfico.

Recuerde comprobar que ha rellenado correctamente los datos de contacto para que puedan contactar con usted si fuera necesario. Asimismo, antes de adjuntar los documentos le aconsejamos que verifique que son fácilmente legibles.

Le facilitamos el enlace de la DGT para que pueda presentar el escrito por esta vía: [Presentación de escritos y comunicaciones \(dgt.gob.es\)](https://www.dgt.gob.es/quejas-y-sugerencias)

La segunda opción consiste en la presentación del escrito de **forma presencial** y puede ser: en cualquier oficina de registro, oficina de asistencia en materia de registros u oficina de Correos.

2. La nulidad de los actos administrativos y sus efectos

A continuación, analizaremos en qué consiste la nulidad del acto administrativo al que nos referimos en el escrito que le hemos adjuntado. No obstante, con carácter previo, conviene aclarar que entendemos que la decisión del profesional del Centro de Reconocimiento de obligarle a renovar el permiso de conducción cada tres años se trata de un acto administrativo a efectos de este escrito y de su caso concreto.

La nulidad de los actos administrativos es una consecuencia o efecto jurídico que consiste en la declaración de invalidez de un acto administrativo por incurrir éste en

una de las causas previstas en la ley. De esta manera, la nulidad se encuentra regulada en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que recoge una serie de supuestos en los que un acto administrativo es nulo. Concretamente, la ley menciona que serán nulos los actos que lesionen derechos y libertades constitucionales (como, por ejemplo, el derecho a la igualdad), así como los actos dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido (es decir, vulnerando el principio de legalidad).

De forma que, en su caso, la decisión del profesional del Centro de Reconocimiento incurre en una vulneración del principio de legalidad y del derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que, nos encontraríamos ante un acto nulo de pleno derecho por vulnerar los derechos fundamentales (derecho a la igualdad y no discriminación) y el principio de legalidad, ya que se trata de una decisión arbitraria.

Además, es importante tener en cuenta los efectos de la nulidad del acto en cuestión. La nulidad de pleno derecho tiene efectos retroactivos, es decir, se considera que el acto nunca ha existido desde el momento en que se dictó. Aplicado a su caso significa que el reconocimiento médico que ha pasado para la renovación del permiso de conducir, así como la decisión por parte del profesional del Centro de Reconocimiento de renovar dicho permiso cada tres años (aunque al final solo extendió hasta los cinco años) también quedaría sin valor, de modo que, al quedar sin efecto, la DGT tendría que devolver el dinero que ha pagado por el reconocimiento médico y por la renovación del permiso, y, una vez pase nuevamente por el reconocimiento, emitir nuevamente el acto que indique que la renovación de su permiso será a los diez años.

Por ello, debemos advertirle que en caso de que se declare la nulidad del acto, usted deberá volver a hacer el reconocimiento médico y proceder a la renovación del permiso de conducción.

3. Respuestas posibles una vez presentado el escrito

En este apartado le exponemos las posibles respuestas que puede obtener una vez presente el escrito ante la DGT.

La DGT dispone de un plazo de 20 días para resolver la reclamación, a contar desde la fecha en que el escrito haya tenido entrada en el registro electrónico de la DGT. Ahora bien, desde este caben varias posibilidades:

1. Resolución expresa favorable por parte de la DGT dentro del plazo legalmente establecido, es decir, la DGT le reconoce sus pretensiones. En este caso, deberá pasar un nuevo reconocimiento médico para su renovación del permiso. En este caso la DGT ha debido de iniciar de forma previa lo que se conoce como una revisión de oficio de los actos nulos.
2. Resolución expresa desfavorable. Esto significa que la DGT rechaza las peticiones que hemos solicitado en el escrito.

3. **Silencio administrativo.** Esto quiere decir que, transcurrido el plazo máximo para resolver sin haber notificado resolución, ésta deberá entenderse desestimada. Dicho de otro modo, si usted no obtiene respuesta alguna en el plazo de 20 días se entiende que sus pretensiones no han sido concedidas.

Estos dos últimos supuestos, es decir, tanto si la DGT le notifica una resolución desfavorable como si no responde a sus peticiones, son actos administrativos que se pueden recurrir mediante un **recurso potestativo de reposición** que debe presentarse ante el mismo órgano que dictó el acto (ante la DGT). El plazo para presentar este recurso es de **un mes**. Para interponer este recurso no necesita la asistencia de abogado/a ni procurador, por tanto, puede interponerlo usted mismo, aunque le recomendamos que acuda a un profesional o nuevamente a la Clínica Legal.

El plazo máximo que tiene la DGT para resolver el recurso potestativo es de un mes. En el caso en que no reciba contestación en ese plazo, se entiende que se ha desestimado por silencio administrativo y puede acudir a la vía judicial, concretamente, puede interponer es un recurso **contencioso-administrativo**. En este caso, sí que debe contar con abogado/a y procurador/a, por ello, en el siguiente punto le explicamos cómo puede solicitar asistencia jurídica.

A modo de conclusión, hemos realizado un pequeño esquema sobre el procedimiento que debe seguir para reclamar sus derechos:

1º. Presentar el escrito que le adjuntamos en el otro documento ante la DGT. La DGT tiene un plazo de 20 días para contestar dicho escrito. En caso de no obtener respuesta o bien desestimen sus pretensiones puede:

2º. Presentar un recurso potestativo de reposición ante la DGT en el plazo de un mes. En este caso, la DGT debe facilitarle una respuesta en el plazo de un mes. En caso de no obtener respuesta en dicho plazo o bien le denieguen las pretensiones puede:

3º. Acudir a la vía judicial. Concretamente, al orden contencioso-administrativo. Para ello, necesita contar con asistencia de abogado/a y procurador/a.

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.

El artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, reconoce este derecho a las personas que carezcan de un patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar que no superen los siguientes umbrales:

- a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar: 14.400 euros.
- b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros: 18.000 euros.
- c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente: 21.600 euros.

Siguiendo el artículo número 5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita *“se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita atendiendo a*

las circunstancias de salud del solicitante”, en su caso, podría alegar además su circunstancia de salud. En virtud de este artículo, usted puede alegar sus circunstancias de salud para tener más probabilidades de obtener asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando no supere el quíntuplo del indicador público de renta, tal como establece el artículo 5.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

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)

-. La usuaria manifiesta en la consulta que los servicios sociales le han quitado la custodia de su hijo hace dos años.

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...)⁹

Legislación estatal

-. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley de Enjuiciamiento Civil)

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, Código Civil)

Legislación autonómica

-. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (en adelante, Ley 14/2010, de 27 de mayo).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)¹⁰

⁹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

¹⁰ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 501/2018, de 6 de julio de 2018 (en adelante, SAP de Barcelona 501/2018, de 6 de julio).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)¹¹

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

Respuesta fundamentada¹²

Estimada usuaria,

Queremos agradecerle su confianza en contactar con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir información legal.

La respuesta a la consulta que nos ha planteado se va a desarrollar a través de los siguientes apartados:

1. Diferencia entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo
2. Procedimiento administrativo de protección de los niños y los adolescentes en situación de riesgo o desamparo
3. Conclusiones

1. Diferencia entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo

A través de la información que nos ha facilitado, creemos que es conveniente aclarar que existen dos procedimientos distintos en su caso: por una parte, un procedimiento penal y, por otra parte, un procedimiento administrativo.

El proceso penal, tramitado en el Juzgado de Instrucción número 19 de Barcelona, está sobreesido porque el Ministerio Fiscal considera que no quedan debidamente acreditadas las agresiones físicas alegadas en la denuncia por su hijo mayor. Por ello, no debe preocuparse por dicho procedimiento.

Sin embargo, el proceso administrativo, tramitado a través de los Servicios Especializados de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, SEAIA), es

¹¹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

¹² Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

independiente del proceso penal y actualmente está abierto. Por ello, a continuación, vamos a explicarle en qué consiste dicho procedimiento administrativo con el objetivo de resolver sus dudas relativas a la duración de las medidas adoptadas en el mismo.

2. Procedimiento administrativo de protección de los niños y los adolescentes en situación de riesgo o desamparo

En este punto vamos a explicarle en qué consiste el procedimiento administrativo de protección de los niños y los adolescentes en situación de riesgo o desamparo, regulado en la Comunidad Autónoma de Cataluña a través de la Ley 14/2010.

Dicho procedimiento está articulado a través de los SEAIA formados por profesionales de la psicología, la pedagogía, la asistencia social y la educación social, entre los cuales están los Equipos de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, EAIA).

Los EAIA reciben los casos de menores en riesgo o situación de desamparo que detectan los servicios sociales, las instancias judiciales o policiales, o la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia y, tras recibir dichos casos, realizan el diagnóstico y la valoración de los menores y de su entorno sociofamiliar, proponen medidas de mejora y realizan el seguimiento de dichas medidas tanto si los menores están en el núcleo familiar como en un centro o en una familia de acogida.

Es importante tener en cuenta que únicamente cabe la iniciación del procedimiento de protección de los niños y los adolescentes desamparados en el caso de que exista desamparo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 14/2010, se considera que existe desamparo cuando los niños o los adolescentes «se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar».

Como consecuencia de que el párrafo 1 únicamente define, con carácter general, el concepto de desamparo, el apartado 2 determina cuáles son las situaciones de desamparo, y por ello, en que situaciones cabe la iniciación del procedimiento.

En la documentación que nos ha facilitado está tanto la notificación de la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, como la copia de dicha resolución, la cual determina la declaración de la situación de desamparo como consecuencia de las siguientes situaciones:

- «El abandono» (artículo 105.2.a de la Ley 14/2010)
- «El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente» (artículo 105.2.d de la Ley 14/2010)

- «El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercute gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente» (artículo 105.2.e de la Ley 14/2010)
- «La desatención física, psíquica o emocional grave o crónica» (artículo 105.2.h de la Ley 14/2010)
- Y «cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral» (artículo 105.2.1 de la Ley 14/2010)

Procedimiento de desamparo y notificación de la resolución

Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 14/2010, en el momento en el cual se tenga conocimiento de que un niño o un adolescente puede encontrarse en una situación de desamparo debe iniciarse el expediente de desamparo, pudiendo, con carácter previo a la iniciación del mismo, abrirse un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

La iniciación del procedimiento debe notificarse a los progenitores o a los titulares de la tutela o de la guarda del niño o del adolescente, es decir, a usted, debiendo informarles del derecho que tienen de comparecer en el procedimiento, aportar informes u otros elementos de prueba, o efectuar las alegaciones que consideren procedentes.

Es importante tener en cuenta que en la intervención durante el proceso de estudio y evaluación, los SEAIA deben escuchar al niño, si tiene suficiente conocimiento, al adolescente y a los progenitores o a los titulares de la tutela o de la guarda.

Elaborado el informe propuesto por parte de los SEAIA debe darse audiencia y vista del expediente en un plazo de 10 días a los progenitores o a los titulares de la tutela de la guarda, finalizando el procedimiento por resolución motivada que declara la situación de desamparo o, hoy en caso contrario, ordena el archivo del expediente.

Dicha resolución de debe notificarse conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 14/2010 a los progenitores y a los titulares de la tutela o de la guarda debiendo informales de los efectos de la resolución, de la posibilidad de impugnación y de los plazos para hacerlo, así como de los requisitos y los trámites que deben cumplirse para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Medidas de protección

Conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1 de la Ley 14/2010 recoge como medidas:

- El acogimiento familiar simple por una persona o una familia que pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar natural del niño o el adolescente (artículo 120.1.a de la Ley 14/2010)
- El acogimiento familiar permanente (artículo 120.1.b de la Ley 14/2010)
- El acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa (artículo 120.1.c de la Ley 14/2010)
- El acogimiento en un centro público o concertado (artículo 120.1.d de la Ley 14/2010)
- El acogimiento preadoptivo (artículo 120.1.e de la Ley 14/2010)
- Las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal (artículo 120.1.f de la Ley 14/2010)
- Cualquier otra medida de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del niño o el adolescente (artículo 120.1.g de la Ley 14/2010)

En su caso, la resolución que determina la declaración de la situación de desamparo dispone como medida provisional el acogimiento de su hijo a una familia externa, su hermana, mientras que los SEAIA elaboran una propuesta de medidas de protección.

Usted nos explica que quiere recuperar la guarda de su hijo, pero que los SEAIA le han notificado vía telefónica que, su hermana, quien actualmente es titular de la guarda del menor, continuará ejerciendo la misma otro año.

En primer lugar, la notificación de la prórroga de la medida incumple lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 14/2010. En dicho artículo se dispone que «la adopción de cualquier medida de protección debe hacerse mediante resolución motivada y notificada, de acuerdo con lo establecido por el artículo 108 (...)».

Es importante tener en cuenta que este tipo de procedimientos están sometidos a una supervisión constante por parte de los SEAIA, tanto es así que, el artículo 122 de la Ley 14/2010, dispone que «las medidas de protección pueden ser revisadas y modificadas en cualquier momento en función de la evolución de la situación del niño o el adolescente (...)», debiendo notificarse mediante resolución motivada todas las modificaciones tanto a los progenitores como a los titulares de la tutela o de la guarda, conforme a lo dispuesto en los artículos 121 y 108 de la Ley 14/2012.

En conclusión, la administración no puede notificarle la prórroga de la medida vía telefónica ya que dicha prórroga debe estar motivada y debe informar de los efectos de la misma, de la posibilidad de impugnación y de los plazos para hacerlo.

En segundo lugar, las medidas de protección pueden extinguirse, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 14/2010 por:

- Adopción
- Resolución judicial civil firme
- Constitución de la tutela
- Acuerdo del órgano competente que declara que han desaparecido las circunstancias que habían dado lugar a la adopción de la medida
- Muerte o declaración de defunción del niño del adolescente

Usted nos explica que actualmente está sometida a dos controles semanales de orina y que acude tanto al psicólogo como al psiquiatra, así como al trabajador social y al EAIA, esta situación manifiesta un cambio en las circunstancias del caso, por ello, es conveniente revisar su caso para evaluar si la medida provisional de acogimiento dispuesta por la administración actualmente es necesaria, o por el contrario, es necesaria la adopción de otro tipo de medidas.

Además, nos explica que tras dos años su hijo quiere volver a residir con usted. Es importante tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 14/2010, los menores tienen derecho a ser escuchados. En dicho artículo se dispone que « los niños y los adolescentes (...) a partir de los doce años, deben ser escuchados tanto en el ámbito familiar, escolar y social como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren directamente implicados y que conduzcan a una decisión que afecte a su entorno personal, familiar, social o patrimonial », por ello, su hijo puede participar en el procedimiento y ser escuchado, debiendo tomarse en cuenta dicha participación.

Revocación de las medidas adoptadas en la resolución de desamparo

Respecto a la revocación de las medidas adoptadas en la resolución de desamparo, es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el procedimiento de desamparo corresponde a la jurisdicción administrativa, la revocación de las medidas adoptadas en dicho procedimiento corresponde a la jurisdicción civil, por ello, cualquier proceso es tramitado por los juzgados y tribunales del orden civil que corresponda y requiere de la asistencia de abogado y procurador.

Como hemos indicado en el punto anterior, la desaparición de las circunstancias que han dado lugar a la adopción de la medida permite la extinción de dicha medida, tanto es así que la SAP de Barcelona 501/2018, de 6 de julio, revoca la resolución que declaraba el desamparo de un menor por un cambio en las circunstancias que lo motivaron, dicha sentencia dispone que « las circunstancias actuales de la recurrente, tal como se han descrito, no patentizan la situación de desamparo que mantiene la Administración al haber desaparecido la mayor parte de los indicadores que determinaron aquella declaración inicial. (...) Está vinculada a los servicios que se le han ofrecido, y tiene un importante vínculo afectivo con su hijo ».

Es por ello por lo que en este punto vamos a explicarle la revocación de las medidas adoptadas en la resolución de desamparo regulado a través del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Actualmente tiene dos alternativas, en primer lugar, la solicitud de revocación que prevé el artículo 172 del Código Civil, y en segundo lugar, la interposición de una demanda de modificación de las medidas adoptadas por la administración en la resolución de desamparo como consecuencia del cambio de circunstancias que motivaron las mismas.

El artículo 172 del Código Civil dispone que «durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida (...) o los tutores que (...) tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública (...)».

Es importante el contenido de dicho artículo, ya que, permite que en el plazo de 2 años desde la notificación de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo, los progenitores con la patria potestad suspendida, soliciten que cese la suspensión y quede revocada la declaración de la situación de desamparo como consecuencia del cambio de circunstancias que motivaron la misma.

En su caso, la notificación es del 4 de febrero de 2021 y el plazo para la interposición de esta solicitud termina el 4 de febrero de 2023.

Transcurrido el plazo dos años, los progenitores pueden facilitar información tanto a la entidad pública como al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio en las circunstancias que motivaron la situación de desamparo, teniendo el Ministerio Fiscal la competencia para interponer la solicitud de revocación de la declaración de la situación de desamparo en cualquier momento.

Nuestra recomendación es que acuda tanto al Colegio de Abogados de su localidad como al Ministerio Fiscal, de cara a que la asesoren tanto en la interposición de la demanda como en la posibilidad de interponer por parte del Ministerio Fiscal la solicitud de revocación de la declaración de la situación de desamparo.

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 la realiza la responsable del Servicio de Enfermedades Infecciosas de un hospital. La usuaria nos consulta si debe solicitar el consentimiento a sus pacientes para realizarles una prueba serológica con el fin de conocer si portan el 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...)¹³

-. Constitución española de 1978: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

-. 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): <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

-. 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: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

-. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

¹³ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

-. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498&p=20200311&tn=1>

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)¹⁴

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 21 de marzo: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-7626>

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5201>

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6489>

-. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 12721/2012, de 3 de diciembre: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ae6b4bbf1a73116/20130213>

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)¹⁵

-.
-

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

-. Página web de la Agencia Española de Protección de Datos: <https://www.aepd.es/es>
-

Respuesta fundamentada¹⁶

¹⁴ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

¹⁵ Se explicará su utilidad para la respuesta.

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

Estimada usuaria,

Le agradecemos la confianza que deposita en la Clínica Legal al realizar esta consulta y le informamos de que, con estas consultas, nos ayuda a mejorar nuestra formación como estudiantes de Derecho. El tema del consentimiento, así como la protección y el tratamiento de datos relacionados con el VIH se repiten en las consultas que nos llegan a la Clínica Legal. En este sentido, esperamos proporcionarle la información que necesita.

Índice:

I.- Introducción del caso

II.- Sobre el consentimiento informado

III.- Límites al consentimiento informado

IV.- Límite al consentimiento aplicado al caso del VIH

V.- Sobre la historia clínica y la protección de datos

I.- Como usted explica, el VIH constituye una amenaza a la salud pública y es de elogiar el trabajo que realizan y el proyecto que tienen en marcha para frenar la expansión viral y minimizar sus efectos en los pacientes. Efectivamente, la realización de la prueba serológica a personas con condiciones clínicas que pueden estar relacionadas con el VIH es una buena forma de, en primer lugar, reconocer nuevos casos de personas infectadas y a continuación empezar a tratarlas cuanto antes para minimizar los daños.

II.- Sin embargo, debemos advertirle de que, como ya sabe, la ley reconoce ciertos derechos a los pacientes en cuanto a las intervenciones médicas que se le realizan. Concretamente la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, establece que toda actuación médica requiere del consentimiento libre y voluntario del afectado. Además, sabemos gracias a la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 21 de marzo), y a la ley ya mencionada, que el consentimiento deberá ser informado, es decir, se debe de informar de la naturaleza y riesgos de la actuación que se le puede realizar al paciente. Adentrándonos más en esta sentencia, queda claro y adquiere máxima importancia, otorgar siempre toda información relativa al tratamiento al que se va a ser sometido, con la mayor claridad posible y siempre quedando claros los riesgos o futuras consecuencias que el tratamiento conllevará, para así obtener de manera libre y voluntaria por parte del paciente el consentimiento necesario para llevarse a cabo la actividad médica. Se esclarece también la importancia de nunca llevar a cabo una interpretación restrictiva del derecho al consentimiento informado, ni tampoco una de tipo extensiva acerca de los límites del mismo, visto esto en el FJ7 de la mencionada sentencia, donde se establece que no será motivo válido el haber

realizado una prueba de la misma índole, para excluir que de nuevo se preste dicha información al paciente en tratamientos futuros. Por último, respecto a esta sentencia, en el FJ7, se establece haciendo alusión al artículo 4.1 de la ley 41/2002, que como regla general se ha de proporcionar la información al paciente de manera verbal, dejando constancia en la historia clínica, y que comprenda, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Existen además otros precedentes, como es en primer lugar el caso de la STC 196/2004. En dicha sentencia, se llevó a cabo la realización de una serie de pruebas psicofísicas a una trabajadora de una empresa, donde no existió mayor consentimiento otorgado por la trabajadora que la entrega de una muestra de orina requerida, a la vez que no existió otorgamiento de información por parte de la empresa, acerca de los aspectos que iban a ser evaluados en la prueba. Queda esto establecido en el FJ10, donde se esclarece la imperatividad requerida a la empresa de comunicar previa y expresamente el alcance que iba tener la mencionada prueba y los aspectos que en esta iban a ser evaluados, siendo esto aplicable cuando se vayan a realizar tratamientos médicos que afecten a la intimidad corporal o que tenga como objeto datos sensibles relativos a dicha esfera íntima de la persona, vulnerándose así el artículo 18.1 CE. Además, haciendo analogía entre esta sentencia (FJ10) y el caso clínico que nos acontece, queda establecido que la realización de la prueba debe ser previsible, en el sentido de que debe tener como causa el poder provocar una situación de riesgo.

En segundo y último lugar, otro precedente es el caso de la STSJ CAT 12721/2012. En dicha sentencia, se da nuevo la situación en la que para realizar una determinada prueba, que va a esclarecer un dato íntimo de la persona, requiere de previa información al paciente. Sustentado esto por el FJ6, párrafo segundo donde se establece: “Está fuera de toda duda que el padecimiento de una determinada enfermedad pertenece a la esfera de privacidad de la persona, por ser un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno, pues como ya indicó la STC 70/2009, de 23 de marzo, 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, así como en aquellos casos en los que habiéndose accedido de forma legítima a tal información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de aquel consentimiento.”

III.- La ley ya mencionada sí establece límites al consentimiento informado. Por ejemplo, en los casos de que exista un riesgo para la salud pública que requiera de medidas pertinentes para evitar posibles daños. Si hablamos de salud pública debemos remitirnos a la Ley 33/2011 de Salud Pública. Esta determina que en nombre de la salud pública las autoridades pueden ejercer una vigilancia pública de factores como las

enfermedades transmisibles. En este mismo sentido, la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, también dispone que con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, las autoridades pueden realizar medidas preventivas generales. Además, existen casos muy comunes en los que la realización de la prueba serológica es obligatoria (donación de sangre, de plasma sanguíneo, trasplantes de órganos o técnicas de reproducción asistida).

IV.- A pesar de esto, entendemos que la situación actual no constituye una emergencia sanitaria sino más bien actuaciones de medicina preventiva donde legítimamente se pretende conocer la condición de salud de una población para evitar más casos de infección y posibles problemas de salud de sus individuos. Además, en este caso, creemos necesario el consentimiento del paciente que, razonablemente, podría no querer conocer su estado serológico por el impacto que puede tener tanto psicológica como socialmente. Con más razón cuando la prueba se llevaría a cabo tanto si ha realizado comportamientos de riesgo como si no e independientemente de la edad de la persona. Con objeto de sustentar esta información, cabe destacar en lo relativo al VIH lo establecido en el FJ7, párrafo primero, que es lo siguiente: “Acreditada la existencia de lesión del derecho fundamental a la intimidad, en la vertiente de datos tan sensibles como los relativos al padecimiento de una enfermedad, no puede la Sala compartir el criterio del Juez "a quo", en orden a minorar las consecuencias de la práctica de una prueba específica sin consentimiento informado previo, así como las de la difusión del resultado a terceros, en la consideración de que actualmente ya no existe en relación con la enfermedad padecida por el actor una carga tan negativa como años atrás, y es que, con independencia de cuál sea la percepción actual de la enfermedad, sin duda variable en función del entorno social, nivel cultural, y otras múltiples variables, lo decisivo es que se ha realizado una intromisión en la esfera privada e íntima de la persona, injustificada, lo que se ha vulnerado es su derecho fundamental a mantener en el ámbito de la más estricta intimidad los pormenores sobre su estado de salud, y a esos efectos resulta irrelevante la concreta etiqueta de la enfermedad de que se trate, porque la lesión del derecho se produce con independencia de la mayor o menor gravedad de la enfermedad, de su carácter crónico o no, de la reversibilidad o irreversibilidad y, por descontado, de la percepción social de la misma.

V.- En cuanto al contenido de la historia clínica, en virtud de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y también la ya citada de autonomía del paciente, el estado serológico debe aparecer en la historia clínica. En cualquier caso, el tratamiento de este documento clínico siempre debe ser conforme a los principios establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos y las normas nombradas anteriormente. Estos principios se basan en que la utilización de datos siempre debe estar justificada y debe atender a una finalidad concreta. Además, la identificación del paciente y los datos clínicos deben aparecer en documentos diferentes para minimizar la posibilidad de que se filtren esos datos. Todo esto con el fin de respetar la intimidad del paciente y

sus datos sensibles como ya hemos indicado con anterioridad al citar la jurisprudencia sobre el tema.

Esperamos que esta información le sea de utilidad

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)

-. Una persona con VIH acude a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para solicitar información sobre el ejercicio y la protección de sus derechos, ya que es trabajadora al servicio del hogar y sus empleadores pretenden extinguir la relación laboral tras enterarse de su estado serológico. Dicha relación no se encuentra recogida en un contrato de trabajo escrito.

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...)¹⁷

-. 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*.

- Artículo 5. Principios relativos al tratamiento de datos.
- Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales (datos sanitarios).

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

- Artículo 13. Derechos de los extranjeros.
- Artículo 14. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- Artículo 18. Derechos a la intimidad y a la protección de datos.

¹⁷ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

- Artículo 35. Derecho al trabajo y a la elección de la profesión.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de noviembre de 1995, núm. 281.
 - Artículo 197. Delito de descubrimiento y revelación de secretos.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 12 de enero de 2000, núm. 10.
 - Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros.
 - Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo.
 - Artículos 52 y siguientes. Tipos de infracciones y las correspondientes sanciones.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 6 de diciembre de 2018, núm. 294.
 - Artículo 19. Tratamiento de datos en el ámbito laboral.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 10 de noviembre de 1995, núm. 269.
 - Artículo 22. Deber de vigilancia de la salud de los trabajadores.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 12 de enero de 1996, núm. 11.
 - Artículo 3. Requisitos para la obtención de la asistencia jurídica gratuita.
 - Artículo 5. Asistencia jurídica gratuita por condición de salud.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 31 de octubre de 2009, núm. 263.
 - Artículo 32. Autorización de trabajo a los solicitantes de protección internacional.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 11 de octubre de 2011, núm. 245.
 - Artículo 103. Plazo para interponer demanda contra el despido.
- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 13 de julio de 2022, núm. 167.

- Artículo 2. No discriminación por condición de salud o estado serológico.
- Artículo 9. No discriminación en el empleo por cuenta ajena.

-. 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. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de octubre de 2015, núm. 255.

- Artículo 4. Derechos laborales.
- Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.
- Artículo 8. Contrato de trabajo celebrado por escrito o de palabra.
- Artículo 55.5. Despido nulo.
- Artículo 59.3. Plazo para interponer demanda contra el despido.

-. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 2 de marzo de 1995, núm. 52.

- Artículo 15. El trabajo de los solicitantes de asilo.

-. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 30 de abril de 2011, núm. 103.

- Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.
- Artículo 127. Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades, razones de seguridad nacional o interés público.
- Artículos 253 y 254. Infracciones y sanciones en el ámbito laboral.

-. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 17 de noviembre de 2011, núm. 277.

- Artículo 5. Forma del contrato.
- Artículo 11. Causas de extinción del contrato.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)¹⁸

- España. Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (recurso de inconstitucionalidad 1463/2000).
- España. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 2003 (RJ 3003/2002).
- España. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de septiembre de 2013 (RJ 2398/2012).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)¹⁹

- Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL_O_CODE:R200#:~:text=Las%20organizaciones%20de%20empleadores%20y%20de%20trabajadores%20deber%C3%ADan%20promover%20la,consideraciones%20de%20g%C3%A9nero%20y%20culturales.

- Agencia Española de Protección de Datos, Protección de datos en las relaciones laborales, de 18 de mayo de 2021.

<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>

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

Respuesta fundamentada²⁰

Estimada usuaria,

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 ha sido formulada en distintos apartados. En el primero, realizaremos una síntesis de toda la normativa aplicable a su caso, haciendo referencia únicamente a lo indispensable para la resolución de las distintas situaciones en las que

¹⁸ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará por qué es útil para la respuesta

¹⁹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

²⁰ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

podría encontrarse. Por su parte, en los apartados segundo y tercero usted encontrará la información completa y desarrollada, de modo que abordaremos la situación en la que se encuentra desde diferentes perspectivas: el derecho al trabajo, a la no discriminación, a la intimidad y a la confidencialidad, así como las vías que dispone para reivindicar estos derechos en el caso de que usted sea extranjera, en situación administrativa regular o irregular, o bien ciudadana española.

ÍNDICE

1. Resumen de las disposiciones aplicables al caso
2. Supuesto de que sea extranjera
 - A) Derecho al trabajo
 - B) Discriminación en el ámbito laboral
 - C) Protección de los datos personales relativos a la salud
 - D) Vías de reclamación
3. Supuesto de que sea ciudadana española

1. Resumen de las disposiciones aplicables al caso

En este apartado, le facilitaremos un resumen de los siguientes epígrafes, que contienen un exhaustivo desarrollo de la normativa y jurisprudencia en materia de trabajo de los extranjeros y de sus derechos a la intimidad y protección de datos. Por tanto, a continuación encontrará únicamente la información estrictamente necesaria para llevar a cabo la defensa de sus derechos y las correspondientes reclamaciones, por lo que le recomendamos la lectura de los apartados segundo y tercero si desea profundizar en el tema.

Así pues, debemos empezar hablando del derecho al trabajo, que se reconoce en nuestra Constitución a todos los españoles y, en la normativa desarrolladora de los derechos de los extranjeros, a todos los extranjeros que dispongan de una autorización de residencia y trabajo. Asimismo, también se permite trabajar a los solicitantes de asilo y protección subsidiaria que tengan en posesión el “Resguardo de Presentación de Solicitud de Protección Internacional”, o más comúnmente conocido como “volante blanco”, y desde la fecha en la que se indique en el propio documento.

En consecuencia, si usted es extranjera en situación administrativa irregular por no tener autorización de residencia y trabajo y tampoco ser solicitante de asilo, no tendrá derecho a trabajar en España de forma legal, ya que el ordenamiento jurídico español establece como infracción grave el trabajar siendo extranjero sin autorización de trabajo y como infracción muy grave el contratar a extranjero sin autorización de trabajo. Por tanto, debemos comentarle que, mediante su denuncia, cabe la posibilidad de que no sólo sancionen a sus empleadores, sino también a usted por encontrarse trabajando sin autorización de trabajo.

No obstante, cabe destacar que tanto la ley como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han determinado que el contrato de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo es válido respecto a los derechos del trabajador, de forma que le serán aplicables los derechos laborales recogidos en el Estatuto de los Trabajadores (derecho a no ser discriminado, a la integridad física, al respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador, a la percepción puntual de la remuneración, entre otros) y demás normas reguladoras del derecho al trabajo. En su caso, pese a no tener un contrato de trabajo escrito, seguirá siendo titular de tales derechos, una vez que las leyes laborales admiten el contrato de trabajo celebrado verbalmente o de palabra.

Por otro lado, podemos contemplar una discriminación por razón de su estado serológico, puesto que sus empleadores únicamente desean extinguir la relación laboral después de enterarse de su condición de salud, no fundando el despido en ninguna de las causas establecidas en el reglamento regulador de la relación laboral de los trabajadores al servicio del hogar (entre las cuales encontramos la disminución de los ingresos de la unidad familiar, la modificación de las necesidades de la unidad familiar y el comportamiento del trabajador) o en las que recoge el Estatuto de los Trabajadores, ya que no existe un incumplimiento grave y culpable del trabajador en sus obligaciones ni tampoco causa objetiva que justifique el despido, teniendo en cuenta los informes de la Organización Internacional del Trabajo, que señalan que el VIH no supone ningún impedimento para el desempeño de cualquier oficio o profesión.

Por consiguiente, dicho despido, si llega a hacerse efectivo, se produce vulnerando su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, reconocido tanto en la Constitución como en numerosas otras normas que regulan la no discriminación en el ámbito laboral y que encontrará en el apartado 2.B) de la presente consulta. El despido que se produce con ocasión de la vulneración de derechos fundamentales se califica como despido nulo, según el Estatuto de los Trabajadores, de modo que podrá ser impugnado y conllevará a la readmisión del trabajador y abono de los salarios correspondientes desde el día del despido discriminatorio, como si este nunca se hubiera producido. En el caso de que sea extranjera sin autorización de trabajo, sin embargo, no cabrá su readmisión, una vez que no tiene derecho a trabajar en España, aunque sí tendrá derecho a recibir una indemnización.

En cuanto al requerimiento de sus empleadores para que usted les muestre los resultados de sus pruebas médicas, debemos comentarle que usted no tendría ninguna obligación de revelar su estado serológico a sus empleadores ni tampoco de enseñarles los reconocimientos y pruebas médicas que realice, una vez que se trata de un dato personal relativo a la salud y, por tanto, de carácter sensible y que no afecta al ejercicio de su trabajo, por lo que carece de relevancia laboral y deberán primar sus derechos a la intimidad y a la protección de datos.

Por su parte, en el caso de que sus empleadores se hubiesen enterado de su condición de salud por cualquier medio sin su consentimiento, cabe decirle que, teniendo en cuenta que el estado serológico es un dato de carácter sensible que goza de extrema protección en nuestro ordenamiento jurídico, el acceso a documentos físicos o electrónicos sin el consentimiento del afectado que revelen su condición de salud puede

considerarse incluso delito y está castigado en el Código Penal con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Finalmente, debemos concluir esta síntesis mencionando las distintas vías judiciales y extrajudiciales que usted dispone para impugnar la posible decisión de sus empleadores de extinguir su relación laboral.

1. En primer lugar, resulta de suma importancia que usted denuncie la situación de discriminación laboral que ha sufrido ante la **Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social**, dado que es el órgano al que la ley atribuye la función de velar por el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, aparte de ser la encargada de imponer las sanciones por las infracciones de los particulares en materia de trabajo de los extranjeros. Igualmente, conviene comentarle que si usted denuncia su relación laboral ilegal ante la ITSS y es capaz de acreditar que llevaba trabajando durante un periodo mínimo de seis meses, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades, razones de seguridad nacional o interés público. Por otra parte, si reside en España durante un periodo de dos años o más y demuestra la existencia de una relación laboral de al menos seis meses, también podrá iniciar la tramitación de la autorización de residencia temporal por razón de arraigo laboral.

La denuncia podrá realizarse presencialmente, de forma telemática a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (exige certificado electrónico) o bien por vía postal mediante una carta dirigida a la oficina correspondiente de la ITSS.

2. En segundo lugar, podrá denunciar los hechos constitutivos de delitos o de infracciones administrativas ante la **comisaría de policía** (Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Autonómica o Policía Local) más cercana a su domicilio. La denuncia puede realizarse por escrito o verbalmente y se le exigirá cualquier documento que pueda identificarle.
3. Por último, podrá impugnar el despido nulo directamente en la **vía judicial**, es decir, demandar a sus empleadores por el despido discriminatorio, exigiendo el pago de una indemnización. La demanda deberá presentarse ante el Juzgado de lo Social de su provincia en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido el despido. Al tratarse de la vía judicial, será necesario que vaya acompañada de abogado y procurador, debiendo pagar sus honorarios, salvo que solicite y le concedan la asistencia jurídica gratuita, en los términos que explicamos en el apartado 2.D).3 de la presente consulta.

A continuación encontrará de forma detallada toda la información contenida en este resumen.

2. Supuesto de que sea extranjera

Ante todo, conviene comentarle que, teniendo en cuenta que en su consulta usted no especifica su nacionalidad, debemos incluir en nuestra respuesta los distintos supuestos en los que podría encontrarse, tanto si es nacional de otro país y posee o no autorización de residencia y trabajo, como si es ciudadana española. Así, a continuación desarrollaremos los distintos derechos afectados y su protección desde el punto de vista de un extranjero en España.

A) Derecho al trabajo

En primer lugar, debemos explicarle el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución española (CE, en adelante) y su aplicación a los extranjeros residentes en España. Concretamente, el primer apartado de dicho artículo señala que *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

A partir de la interpretación literal de tal disposición, podríamos entender que el derecho al trabajo se reconoce únicamente a los españoles. No obstante, el artículo 13 CE viene a decir que los extranjeros gozarán de los mismos derechos y libertades públicas que los reconocidos a los españoles en los términos establecidos por los tratados internacionales y las leyes.

Así, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ha sido la encargada de desarrollar los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Su artículo 10, sobre el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, indica que *“Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*. Dicho lo cual, el requisito concreto que requiere la citada Ley Orgánica para que un extranjero pueda llevar a cabo cualquier actividad lucrativa, ya sea por cuenta propia o ajena, no es otro que estar en posesión de una autorización administrativa de residencia y trabajo, así como establece su artículo 36.1.

Por consiguiente, tendrán derecho a trabajar en España en las mismas condiciones que los españoles los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular, esto es, que estén en posesión de una autorización de residencia y trabajo en vigor. Asimismo, según el artículo 15 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, *“El solicitante de asilo podrá ser autorizado a trabajar por la autoridad competente, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente de extranjería, en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado”*, por lo que los solicitantes de asilo también tendrán derecho a trabajar en España, siempre que se encuentren en posesión del “Resguardo de Presentación de

Solicitud de Protección Internacional”, o más comúnmente conocido como “volante blanco”, y desde la fecha en la que se indique en el propio documento.

Fuera de los citados casos de posesión de autorización de residencia y trabajo y de solicitud de asilo, encontrándose el extranjero en situación administrativa irregular o estancia por turismo, no tendrá derecho al trabajo. Es más, la propia Ley Orgánica 4/2000 recoge, en el artículo 53, como infracción administrativa grave el *“Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”*, así como el artículo 54 dispone como infracción muy grave *“La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo”*. Por tanto, debemos comentarle que, mediante la denuncia de los hechos ante la Inspección de Trabajo o la comisaría de policía por las vías que explicaremos en el subapartado D) de la presente consulta, cabe la posibilidad de que no sólo sancionen a sus empleadores (con una multa desde 10.001 hasta 100.000 euros), sino también a usted (con una multa de 501 hasta 10.000 euros) por encontrarse trabajando sin autorización de trabajo. En todo caso, las sanciones mencionadas se determinarán conforme al grado de culpabilidad del infractor, al daño producido o riesgo derivado de la infracción y la trascendencia de esta, así como se tendrá en cuenta la capacidad económica del infractor.

Por otro lado, volviendo al artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, su apartado 5 determina que *“La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”*. Además, el Tribunal Supremo interpretó dicha disposición de la siguiente manera, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2013, de la Sala de lo Social (RJ 2398/2012): *“si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 ET. en relación con el art. 36.1 de la LOEX), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado”*.

Por tanto, aunque no posea autorización para trabajar en España, seguirá teniendo los derechos laborales reconocidos en el ordenamiento jurídico español, concretamente, en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores (derecho a no ser discriminado, a la integridad física, al respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador, a la percepción puntual de la remuneración, entre otros).

Ahora bien, una cuestión importante es determinar si la titularidad de tales derechos se encuentra vinculada a la existencia de un contrato de trabajo escrito. Para dar solución a este planteamiento, debemos acudir a los artículos 8 del Estatuto de los Trabajadores y 5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, los cuales determinan que son válidos los contratos de trabajo celebrados de palabra (no documentados en soporte físico) y que, salvo que el empleador y el trabajador hubieran pactado otra cosa, se presumirán concertados por tiempo indefinido y a jornada completa. Por consiguiente,

en su caso existe relación laboral pese a la inexistencia de contrato de trabajo escrito que la regule, de modo que sí es titular de los derechos laborales recogidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Una vez examinado el derecho al trabajo y las disposiciones laborales aplicables a su caso, conviene ahora desarrollar el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación y determinar si podría existir una discriminación por parte de sus empleadores por razón de su estado serológico.

B) Discriminación en el ámbito laboral

El artículo 14 CE recoge el derecho a la igualdad, indicando que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Este precepto no recoge la discriminación por condición de salud explícitamente, sino que la debemos incluir en la expresión *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Por su parte, la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 2, determina que nadie podrá ser discriminado, con independencia de su nacionalidad y de su residencia legal o ilegal, así como 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, señala 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”*.

De dicha ley destaca también el artículo 9, regulador de la prohibición de discriminación en las relaciones laborales por cuenta ajena, ya sean públicas o privadas, de suerte que determina que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas citadas anteriormente para el acceso al empleo, así como en las condiciones de trabajo y la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Por su parte, como ya hemos mencionado, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores recoge como derecho laboral el derecho del trabajador a no ser discriminado directa o indirectamente. Asimismo, dicha norma, en su artículo 17, determina la nulidad de las decisiones del empleador que den lugar a situaciones de discriminación y, en el artículo 55.5, indica que es nulo el despido por razón de alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o bien que se produzca con violación de derechos fundamentales.

En su caso, sus empleadores únicamente desean extinguir la relación laboral por su condición de salud, no fundando el despido en ninguna de las causas establecidas en el artículo 11 del ya citado Real Decreto 1620/2011, regulador de la relación laboral de los trabajadores al servicio del hogar (entre las cuales encontramos la disminución de los ingresos de la unidad familiar, la modificación de las necesidades de la unidad familiar y el comportamiento del trabajador) o en las que recoge el Estatuto de los

Trabajadores, ya que no existe un incumplimiento grave y culpable del trabajador en sus obligaciones ni tampoco causa objetiva que justifique el despido.

A raíz de ello, cabe destacar que no es posible fundar el despido en la ineptitud del trabajador seropositivo, ya que el VIH no supone ningún impedimento para el desempeño de cualquier oficio o profesión. Esto es lo que vienen a decir las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) respecto al VIH en el ámbito laboral. Concretamente, la OIT ha establecido que en el 99,9% de los oficios o profesiones el VIH no tiene relevancia, por lo que las personas seropositivas pueden realizar todo tipo de trabajos sin limitación.

Así, la OIT ha emitido una recomendación sobre el VIH y el sida, de 2010, destinada a reforzar la contribución del mundo laboral al acceso universal a la prevención, tratamiento, cura y apoyo frente al VIH. En su artículo 3.c) determina la no discriminación o estigmatización contra los trabajadores por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH; mientras que en el artículo 10 refuerza que dicho estado serológico no debe ser motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación, de 1958, de la OIT.

Por otro lado, en el artículo 13 de la Recomendación se establece que *“a las personas con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debería negar la posibilidad de realizar su trabajo, con ajustes razonables, de ser necesario, mientras sean médicamente aptas para ello”*.

De la interpretación de tales preceptos, podemos entender que no se le podrá impedir a un trabajador llevar a cabo su función por el simple hecho de que tenga VIH, sino que, mientras tenga capacidad de realizarla sin poner en riesgo la salud de terceras personas, podrá desempeñar normalmente su cargo.

Por consiguiente, la extinción de la relación laboral por parte de sus empleadores tras conocer su estado serológico no resulta ser una medida idónea, ni necesaria ni tampoco proporcional, teniendo en cuenta que la enfermedad no impide el ejercicio de su oficio y el riesgo de transmisión es casi nulo. Dicho lo cual, debemos considerar que estamos ante una discriminación en el ámbito laboral y, por tanto, ante un posible despido nulo, si se hace efectivo, por vulnerar su derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Que un despido sea nulo significa que el empleador tiene la obligación de readmitir al trabajador y abonarle los salarios correspondientes desde el día del despido discriminatorio, como si este nunca se hubiera producido.

En este punto, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, de la Sala de lo Social (RJ 3003/2002), que confirma el despido nulo de una trabajadora extranjera que fue despedida de forma discriminatoria, fundándose el despido en el hecho de que se encontraba embarazada y le había informado a su empleador que no podía realizar sobreesfuerzos desproporcionados, de modo que el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el empleador y confirma la sentencia impugnada que determinaba la readmisión de la trabajadora en su puesto de

trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

Ahora bien, conviene aclarar que, en el caso de que usted sea extranjera sin autorización de trabajo, no podrá ser readmitida, ya que ello supondría una nueva vulneración de las leyes de extranjería por parte de sus empleadores (contratar a una trabajadora sin autorización de trabajo) por lo que, en lugar de ser readmitida, tendrá derecho a recibir una indemnización por dicho despido.

Una vez determinada la existencia de una discriminación, a continuación examinaremos la posible vulneración de sus derechos fundamentales a la intimidad y a la confidencialidad por parte sus empleadores respecto al descubrimiento de su estado serológico.

C) Protección de datos personales relativos a la salud

Teniendo en cuenta que usted no especifica en su consulta la forma cómo se han enterado sus empleadores de su estado serológico, en este apartado mencionaremos las disposiciones que se aplicarían en el caso de que hubieran accedido a sus datos personales relativos a su salud mediante cualquier medio sin su consentimiento. Por otro lado, también le explicaremos cómo afecta a sus derechos fundamentales a la intimidad y a la confidencialidad el hecho de que sus empleadores exijan que usted les enseñe los resultados de sus pruebas médicas.

De esta forma, cabe señalar que la intimidad y la confidencialidad son derechos fundamentales cuyo objetivo es garantizar la esfera íntima de las personas y, por ende, cuentan con máxima protección por parte del ordenamiento jurídico español, puesto que la propia CE garantiza expresamente, en el primer apartado de su artículo 18, el derecho a la intimidad personal y familiar, mientras que el apartado cuarto del mismo precepto recoge la limitación de la informática para asegurar dicha intimidad, de manera que también garantiza el derecho a la confidencialidad y a la protección de datos.

Ahora bien, pese a la conexión entre tales derechos a la intimidad y a la protección de datos, debemos destacar que no se trata de un único derecho fundamental, sino que este último tiene un contenido independiente del derecho a la intimidad, así como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, al decir que *“el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”*.

Además de contar con un reconocimiento constitucional, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante) desarrollan la protección de estos derechos. Concretamente, dicho Reglamento, en su artículo 9, determina que queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen datos relativos a la salud de una persona,

salvo que la misma preste su consentimiento para el tratamiento, o bien el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social. Este último supuesto se refiere a la obligación del empleador a la vigilancia de la salud de sus trabajadores, conforme al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de modo que tiene el deber de proporcionar la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores a su servicio en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Pese a que dicha vigilancia se configura como un deber para el empleador, los trabajadores no están obligados a realizar los reconocimientos médicos, por lo que estos sólo se podrán llevar a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. No obstante, conviene mencionar las excepciones a esta regla general de voluntariedad de los reconocimientos médicos, citadas por la misma Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de manera que el reconocimiento será obligatorio:

- Cuando su realización sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o
- Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o
- Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En su caso, el tener VIH no puede justificar que le obliguen a realizar reconocimientos médicos, ya que ello no supone un peligro para la salud de terceros teniendo en cuenta las funciones que usted desempeña como trabajadora al servicio del hogar. Por tanto, sólo deberá realizar los reconocimientos médicos cuando preste su consentimiento.

Por su parte, la Ley también indica que *“Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”* y que *“El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador”*.

Aparte de los citados preceptos que destacamos, el Reglamento General de Protección de Datos también recoge, en su artículo quinto, el principio de minimización de datos, muy importante en materia de tratamiento de datos personales, que viene a señalar que únicamente deben ser objeto de tratamiento los datos que sean precisos para los fines específicos del tratamiento, limitando a lo necesario su accesibilidad.

Igualmente, resulta preciso mencionar la guía de Protección de datos en las relaciones laborales, publicada por la Agencia Estatal de Protección de Datos el 18 de mayo de

2021. Dicha guía aborda una serie de cuestiones importantes acerca del tratamiento de datos personales en el ámbito laboral, destacando la forma en la que desarrolla el principio de minimización en tal ámbito, al indicar que todo reconocimiento médico exigido en las relaciones laborales debe vincularse a la aptitud para el ejercicio del trabajo, sin que pueda proporcionar al empleador ningún otro tipo de información.

Por consiguiente, usted no tendría ninguna obligación de revelar su estado serológico a sus empleadores ni tampoco de enseñarles los reconocimientos y pruebas médicas que realice, una vez que se trata de un dato personal relativo a la salud y, por tanto, de carácter sensible y que no afecta al ejercicio de su trabajo, por lo que carece de relevancia laboral y deberán primar sus derechos a la intimidad y a la protección de datos.

Dicho lo cual, teniendo en cuenta que estamos ante un dato de carácter sensible que goza de extrema protección en nuestro ordenamiento jurídico, el acceso a documentos físicos o electrónicos sin el consentimiento del afectado que revelen su condición de salud puede considerarse incluso delito y está castigado en el Código Penal (CP, en adelante) con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Consecuentemente, si sus empleadores se enteraron de que usted tenía VIH sin que usted misma se lo hubiera comunicado o que hubiera prestado el consentimiento para que accedieran a los documentos que manifiesten su estado serológico, usted podría denunciar estos hechos ante la comisaría de policía como un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.5 CP.

Así, a continuación le explicaremos detalladamente las distintas vías de reclamación que posee para impugnar la vulneración de sus derechos.

D) Vías de reclamación

Antes de desarrollar las vías de reclamación, debemos hacer hincapié en que, si es extranjera sin autorización de trabajo, también podrá ser sancionada por infringir los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y dicha sanción podrá tenerse en cuenta a la hora de solicitar una futura autorización de residencia y trabajo. No obstante, también conviene destacar que se encuentra amparada por la normativa laboral para exigir una indemnización, en el caso de que sea despedida de forma discriminatoria por sus empleadores. Además, la propia normativa en materia de extranjería (la Ley Orgánica 4/2000 y su reglamento de desarrollo) establece determinadas vías por las que el extranjero en situación administrativa irregular puede obtener una autorización de residencia y trabajo mediante la denuncia de la relación laboral ilegal, como veremos a continuación.

Dicho esto, procederemos a indicar las vías que dispone para reclamar la vulneración de sus derechos.

1. En primer lugar, resulta de suma importancia que usted denuncie la situación de discriminación laboral que ha sufrido ante la **Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social** (ITSS, en adelante), dado que el mismo artículo 9 de la ya citada Ley 15/2022 indica que *“La Inspección de Trabajo y Seguridad Social,*

en los términos previstos en la normativa aplicable, deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo”.

Asimismo, la ITSS también es el órgano competente para la imposición de las sanciones administrativas en materia de trabajo de extranjeros, así como señalan los artículos 253 y 254 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Este mismo Reglamento indica, en su artículo 127.2, que *“La Dirección General de Migraciones podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año”*. De esta manera, si usted denuncia su relación laboral ilegal ante la ITSS y es capaz de acreditar que llevaba trabajando durante un periodo mínimo de seis meses, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades, razones de seguridad nacional o interés público. Por otra parte, si reside en España durante un periodo de dos años o más y demuestra la existencia de una relación laboral de al menos seis meses, también podrá iniciar la tramitación de la autorización de residencia temporal por razón de arraigo laboral, según el artículo 124.1.

Por tanto, deberá presentar una denuncia, bien de forma presencial en los registros de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, y unidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las administraciones locales; bien de forma telemática a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (exige certificado electrónico).

También puede realizarlo por vía postal mediante una carta dirigida a la oficina correspondiente de la ITSS. La denuncia, en todo caso, debe contener, además de los datos de identificación del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar en que se produjo la infracción, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. Las denuncias presentadas tienen carácter confidencial.

Podrá obtener más información sobre la denuncia ante la ITSS en el siguiente enlace:

https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/como_denunciar_itss.html

2. En segundo lugar, podrá denunciar los hechos constitutivos de delitos o de infracciones administrativas ante la **comisaría de policía** (Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Autonómica o Policía Local) más cercana a su domicilio. La denuncia puede realizarse por escrito, el cual deberá estar firmado

por la persona que lo realiza. A su vez, la autoridad o funcionario que la reciba firmará y sellará todas las hojas en presencia de la persona que la entrega. También podrá presentarse verbalmente, ante un agente de la autoridad o funcionario que recogerá los hechos denunciados por escrito, firmando la denuncia ambos a continuación.

Para presentar la denuncia deberá aportar su documento de identidad, aceptándose el pasaporte o cualquier otro documento que pueda identificarle. Si la persona que presenta la denuncia lo solicita, se le entregará un resguardo de haberla formalizado.

3. Por último, podrá impugnar el despido nulo directamente en la **vía judicial**, es decir, demandar a sus empleadores por el despido discriminatorio, exigiendo el pago de una indemnización. La demanda deberá presentarse ante el Juzgado de lo Social de su provincia y durante el proceso serán sus empleadores quienes deberán demostrar que el despido no fue discriminatorio. Respecto al plazo que dispone para interponer demanda laboral, los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establecen que *“el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional”*. Al tratarse de la vía judicial, será necesario que vaya acompañada de abogado y procurador, debiendo pagar sus honorarios, salvo que solicite y le concedan la asistencia jurídica gratuita.

La Asistencia Jurídica Gratuita se reconoce en el artículo 119 de la Constitución Española y es un trámite en virtud del cual se otorga, a quienes acrediten carecer de recursos económicos suficientes, una serie de prestaciones consistentes principalmente en eximir del pago de los honorarios de abogado y procurador. Este artículo se desarrolla en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

Debemos advertirle que si solicita Asistencia Jurídica Gratuita será el Colegio de Abogados quien le designe un abogado.

Según recoge el artículo 3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, se 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 (actualmente: 14.400 euros anuales).

- 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 (actualmente: 18.000 euros anuales).
- 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 (actualmente: 21.600 euros anuales).

Es muy importante también hacer referencia al artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que reconoce de manera excepcional el derecho a la asistencia jurídica gratuita, puesto que este artículo dispone que: “*se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita **atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante** y a las personas con discapacidad [...], así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional*”. En virtud de este artículo, usted podría alegar sus circunstancias de salud para tener más probabilidades de obtener asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando sus ingresos no excedan del quíntuplo del IPREM (actualmente: 36.000 euros anuales) y teniendo en cuenta, además, la carencia de rentas suficientes.

Toda esta información la podrá tener con más detalle y adaptada a su situación en el llamado Servicio de Orientación Jurídica (en adelante, SOJ) del correspondiente Colegio de Abogados de su provincia al que le recomendamos que acuda en todo caso si tiene intención de llevar este asunto por la vía judicial. Este servicio es un servicio público y gratuito dirigido a todos los ciudadanos que precisen información relativa a la defensa de sus derechos e intereses, la tramitación de sus reclamaciones judiciales y la obtención de asistencia jurídica gratuita. En definitiva, se trata de un servicio prestado por los Colegios de Abogados, por el que los abogados del turno de oficio ofrecen asesoramiento a las personas con menos recursos. Por asesoramiento se entiende, de forma amplia, escuchar al solicitante de orientación jurídica, entender su problema, analizar su situación jurídica y/o procesal, aconsejarle, etc.

Le dejamos a continuación el enlace del SOJ del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid:

<https://web.icam.es/ciudadanos/servicio-de-orientacion-juridica/>

Una vez concluido este apartado referente a la situación que se encontraría si es extranjera, a continuación haremos un breve repaso a las distintas cuestiones aquí abordadas desde el punto de vista de un nacional español.

3. Supuesto de que sea ciudadana española

Como ya hemos mencionado anteriormente, la CE reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión a todos los españoles, por lo que aquí también se aplicarían todas las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, relativas a los derechos y deberes de los trabajadores y los requisitos y forma del despido. En este caso, no cabría ninguna sanción ni a usted ni a sus empleadores por incumplir la normativa referente al trabajo de los extranjeros, aunque sí estaríamos ante un despido nulo, que podrá ser impugnado en vía judicial y denunciado ante la ITSS, cabiendo su readmisión y debiendo sus empleadores abonar los salarios de trámite correspondientes, una vez se dicte sentencia que declare el despido discriminatorio y nulo.

Por otro lado, tampoco en este caso estará obligada a exhibir los resultados de las pruebas médicas que realice y cabrá la posibilidad de denunciar el supuesto delito de descubrimiento y revelación de secretos ante la comisaría de policía más cercana, si sus empleadores se enteraron de su estado serológico por cualquier medio sin su consentimiento, sin temor a que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan incoar el procedimiento sancionador por encontrarse en España sin autorización de residencia.

Consecuentemente, la principal diferencia entre ser extranjera en situación irregular y ser ciudadana española radica en que no podrá ser sancionada por encontrarse trabajando sin la correspondiente autorización de trabajo.

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.

UAH-2023-75 (publicación libro) +1 +1

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

-. La consulta la realiza una persona con VIH diagnosticada hace veinte años que residió durante siete años en España, entre 2009 y 2016. Actualmente reside en Alemania y se encuentra escribiendo un libro autobiográfico. Durante el periodo que residió en nuestro país ejerció la prostitución, por lo que nos consulta diversas dudas sobre las posibles consecuencias legales que pudieron conllevar sus acciones antes de la publicación de su libro.

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...)

-. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 11.1 (sobre el derecho a la presunción de inocencia).

-. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 6.2 (sobre el derecho a la presunción de inocencia).

-. Tratado de la Unión Europea. Artículo 3.2 (sobre el derecho a la libre circulación y residencia).

-. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 21 (sobre el derecho a la libre circulación y residencia).

-. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 45 (sobre el derecho a la libre circulación y residencia).

-. DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Artículos 6 y 7 (sobre el derecho de residencia en los países miembros).

- **Constitución Española publicada el 29/12/1978. Artículo 15 (sobre el derecho a la integridad física). Artículo 18 (sobre el derecho a la intimidad personal). Artículo 24.2 (sobre el derecho a la presunción de inocencia).**

- **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 131 (sobre la prescripción de los delitos). Artículo 149.1 (sobre el delito de lesiones doloso). Artículo 152.1 (sobre el delito de lesiones imprudente). Artículo 116 (sobre la responsabilidad civil derivada del delito). Artículo 177 (sobre el delito de trata de seres humanos). Artículo 187 (sobre el delito de explotación sexual y prostitución). Artículo 188 bis (sobre el delito de explotación sexual de menores y personas con discapacidad con especial necesidad de protección).**

- **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Artículo 53.1 a) (sobre la situación irregular como sanción grave).**

- **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Artículo 36.11 (sobre el ejercicio de la prostitución en algunas zonas de tránsito público como sanción grave). Artículo 38 (sobre la prescripción de las sanciones).**

- **Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Artículo 7.4 (sobre la obligación de solicitar el registro de los ciudadanos de la Unión Europea tras los tres meses de permanencia).**

- **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Artículo 225.2 (sobre la prescripción de la acción para sancionar).**

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

- **Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009 de 23 de marzo, Fundamento Jurídico 2. Sobre la inclusión de los datos médicos en el derecho fundamental a la intimidad.**

- **Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala primera, 202/1999 de 16 de diciembre. Fundamento Jurídico 2. Sobre la definición del derecho a la intimidad.**

- **Sentencia del Tribunal Supremo 528/2011 de 6 de junio de 2011, fundamento jurídico 1. Sobre los límites de la intimidad personal y la comunicación del VIH a la pareja.**

- **Sentencia del Tribunal Supremo 121/2021 de 11 de febrero. Fundamento Jurídico 8. Sobre la prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito.**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 381/2021 de 17 de noviembre. Fundamento Jurídico 3. Sobre el delito de lesiones dolosas por transmisión del VIH.

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

-.

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

-.

-.

Respuesta fundamentada

Estimada usuaria,

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir información legal. Gracias a consultas como las tuyas los alumnos podemos aprender de casos reales y ser mejores juristas y abogados en el futuro.

Para poder resolver todas sus dudas vamos a analizar una por una las preguntas realizadas:

1. ¿La ley española me obliga a admitirle/decirle/confesarle a una persona que tengo VIH, antes de que esta desee tener sexo conmigo?

No. El artículo 18 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a la intimidad personal y familiar. En concreto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 202/1999 ha definido el derecho fundamental a la intimidad personal como *la existencia de un ámbito, un espacio propio y reservado frente a la acción o intromisión de los demás*. Sabiendo esto, podemos pensar que el estado de salud de la persona constituye una información privada y altamente sensible, por lo que podría incluirse dentro del derecho fundamental a la intimidad personal. Así lo confirma la Sentencia 70/2009 del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como ocurre con la mayoría de los derechos y como afirman numerosas sentencias, este no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante razones justificadas previstas por la ley.

En los casos como el suyo no solo entra en juego el derecho de la persona con VIH a no hacer público su estado, sino también el derecho de la pareja sexual a su integridad física (artículo 15 de la Constitución Española), es decir, a no ser infectada. Es por ello

por lo que en los supuestos en que la persona con VIH provoca la transmisión del virus podría aplicarse un delito de lesiones por causar una grave enfermedad, reconocido en el artículo 149 del Código Penal, o un delito de lesiones imprudente del artículo 152.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado varias veces sobre esta materia, entre otras en la Sentencia 528/2011 de 6 de junio. En ella declaró que el delito de lesiones es un delito de resultado y no de peligro y que no comunicar el estado serológico a la pareja no es constitutivo de delito salvo que la transmisión se haya realizado intencionadamente o porque se hayan omitido los exigibles deberes de cuidado. De esto se extrae, en primer lugar, que la mera puesta en peligro de la pareja sexual no constituye ningún delito, sino que para que existan consecuencias legales debe haberse transmitido la enfermedad. En segundo lugar, con este razonamiento, el tribunal establece que únicamente se pena la transmisión que haya sido intencionada o porque se haya cometido una imprudencia. De esta manera, si la persona con VIH pone todos los medios de protección necesarios en sus relaciones sexuales, no tiene responsabilidad penal. Esto lo analizaremos más en profundidad en la siguiente pregunta.

Por tanto, la persona con VIH únicamente está obligada a comunicar a su pareja su estado serológico si existe peligro, es decir, si no se han puesto las medidas de protección necesarias o si estas han fallado. De esta manera, si existe una situación de peligro en la que se pudiera haber producido la transmisión, se debe informar para que se puedan tomar las medidas profilácticas post exposición que eviten dañar a la otra persona. Por ejemplo, si la persona tiene la carga viral indetectable, como es su caso, por el tratamiento antirretroviral, al no existir peligro de transmitir el virus, no está obligada a informar a su pareja sexual de ello. Sin embargo, si la carga viral no estuviera suprimida y no se hubiera adoptado ninguna otra medida de protección o habiéndolas adoptado éstas hubieran fallado (la rotura del preservativo, por ejemplo), sí se debe comunicar que se tiene VIH.

2. ¿Qué pasa si una persona en España afirma que tiene el VIH por mi culpa, pero yo no recuerdo quién es esa persona?

Tal y como hemos observado en la pregunta anterior, si usted hubiera transmitido el virus por no tener la carga viral indetectable en ese momento (si la carga es indetectable no se transmite) o por no haber usado otras medidas de prevención a alguna pareja sexual sin haberle informado de la puesta en peligro, ha podido incurrir en un delito de lesiones imprudentes o dolosas. Recordemos que para que haya responsabilidad penal tiene que haberse transmitido el virus, no siendo suficiente que simplemente haya existido la situación de peligro. Además de haberse producido la transmisión, el Tribunal Supremo ha exigido que esta haya sido intencionada o porque se haya cometido una imprudencia grave.

En caso de que la transmisión haya sido intencionada, podría haber cometido en un delito de lesiones dolosas graves del artículo 149 del Código Penal, castigadas con una pena de seis a doce años. Lesiones dolosas no son solo aquellas en las que hay una intención clara de querer transmitir el virus a la otra persona, sino también las que se dan en los casos en los que la persona conocía que tenía VIH y sin que su carga viral fuera indetectable y aun así no puso ninguna medida de protección. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 381/2021 de 17 de noviembre. En ella se condena a la persona con VIH a diez años de prisión porque, aun conociendo su estado serológico y siendo la carga viral detectable mantuvo durante un amplio periodo de tiempo repetidas relaciones sexuales sin protección con su entonces pareja.

Existen ocasiones en las que la transmisión no se ha producido porque no se hayan puesto medidas de protección en la relación sexual, sino porque estas han fallado, por ejemplo, porque haya habido una rotura del preservativo. En caso de que así haya sido por una imprudencia grave de la persona con VIH, esta puede ser autora de un delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1 del Código Penal, que se castiga con pena de prisión de uno a tres años. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 528/2011 se condena al enjuiciado a un año de prisión por haber cometido una imprudencia grave al conservar y utilizar los preservativos (se encontraban caducados y en mal estado), lo cual produjo que estos se dañasen y no fueran efectivos para prevenir el riesgo de transmisión.

Además de esta responsabilidad penal, si se entiende que la persona ha cometido el delito, puede también exigirse responsabilidad civil si de sus actos se derivan daños y perjuicios, tal y como afirma el artículo 116 del Código Penal. Al no ser posible reparar el daño, ni restituir la situación anterior (pues el VIH no tiene cura) se condenaría al responsable a pagar una indemnización en el caso en el que se considerara que se ha cometido el delito. En concreto, en el caso que hemos visto antes, en la Sentencia 528/2011, se condenó a la persona con VIH por imprudencia en la hora de emplear las medidas de protección a indemnizar a su pareja con 30.000 euros.

Por todo ello, en caso de que usted hubiera transmitido el virus por no haber puesto las medidas adecuadas o porque estas hubieran fallado por una imprudencia grave, podría haber cometido un delito y podría enfrentarse a penas de prisión y a la correspondiente indemnización.

Ahora lo que nos debemos preguntar es: ¿cómo se puede probar que es usted quien ha transmitido el virus y no cualquier otra persona? En el hipotético caso de que una persona que le acusara de la transmisión usted podría solicitar durante el procedimiento judicial la llamada prueba filogenética. Esta prueba permite analizar el material genético de los virus de dos personas diferentes y compararlos, consiguiendo determinar si en efecto coinciden o si proviene de otra vía. Es decir, permite determinar

si hay una relación causal entre el virus de la persona a quien se acusa de transmitirlo y el virus de la persona que se ha infectado. En caso de que el virus tuviera otro origen el resultado sería negativo.

En consecuencia, existe una prueba por la que la persona podría demostrar que le ha transmitido el VIH si así hubiera ocurrido, por lo que usted podría incurrir en un delito de lesiones si se hubieran cumplido las condiciones que hemos señalado anteriormente. Sin embargo, usted nos comentaba en la consulta que siempre ha contado con la carga viral indetectable, por lo que, si su carga viral se encontraba suprimida, no pudo transmitir el virus y, por tanto, si se dan estas condiciones, es difícil que usted tenga responsabilidad penal.

3. Por el contrario. ¿Qué sucede si recuerdo a una persona que tuvo relaciones sexuales conmigo, pero esta me acusa de haberle transmitido el VIH, incluso yo sabiendo que los dos nos protegimos con condón? ¿A cuál de los dos creería la ley española?

En este supuesto, la persona que le acuse de haber cometido el delito deberá probar que fue usted quien le transmitió el virus con pruebas como la filogenética, no siendo suficiente el mero testimonio. Como veremos en la siguiente pregunta, usted está amparada por el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que usted sería inocente de la comisión del delito hasta que se probase lo contrario.

Además, en la consulta nos comentaba que usted seguía el tratamiento antirretroviral correctamente y tenía la carga viral indetectable. Como hemos visto y como usted conocerá, si la carga viral se encuentra suprimida, se elimina el riesgo de transmisión del virus. A su vez, el Tribunal Supremo exige que para que no se cometa el delito se deben adoptar las medidas de protección oportunas. Al evitar el tratamiento antirretroviral que se transmita el virus cuando suprime la carga viral, se puede entender que esto es una medida de protección en sí misma. Por tanto, si usted contaba con el virus indetectable, ya estaba tomando las medidas de protección necesarias, por lo que no era ni siquiera necesario que utilizara preservativo para evitar la transmisión.

4. ¿Qué ley me protegerá si me acusan injustamente de infectar a alguien con el VIH?

Usted es titular del derecho a la presunción de inocencia, de tal manera que usted es inocente de los delitos de los que se le acusan hasta que no haya una sentencia judicial firme que diga lo contrario. De esta forma, es quien acusa del delito quien debe probar que lo ha cometido, es decir, la condena no depende de que la persona que en teoría ha cometido el delito, el acusado, pruebe su inocencia, sino que es quien acusa quien debe probar la culpabilidad con pruebas como la filogenética. El derecho a la presunción de inocencia se reconoce nacional e internacionalmente en los artículos 24.2 de la Constitución Española, en el 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos y en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, entre otros.

5. ¿Qué ley me protege si no hay forma de probar que he infectado a alguien con el VIH?

De igual manera que en la anterior pregunta, usted se encuentra protegida por el derecho a la presunción de inocencia. Además, como manifestación de dicho derecho, en el derecho penal español rige el principio *in dubio pro reo*. Este principio significa que, en caso de insuficiencia de pruebas, se favorece al reo, es decir, al acusado. Si el juez tuviera dudas de la culpabilidad del acusado, debe favorecerle. Sin embargo, debemos recordarle que, como hemos visto en la pregunta número 2, sí existe una forma de probar que una persona ha transmitido el VIH a otra a través de la prueba filogenética.

6. ¿Puede una agencia gubernamental o una empresa demandarme por no darles información sobre mi diagnóstico de VIH?

No, como hemos observado en la primera pregunta la información sobre su estado de salud es privada y está protegida por el derecho fundamental a la intimidad personal del artículo 18 de la Constitución Española. Únicamente está usted obligada a comunicarlo en situaciones muy concretas en las que existe un riesgo para otra persona, como el supuesto que le hemos comentado. Sin embargo, ninguna de ellas involucra a ninguna agencia gubernamental o a una empresa. Su derecho a la intimidad únicamente puede ceder por razones justificadas en las que existe un derecho fundamental de otra persona afectado.

7. ¿Puedo recibir multas económicas si confieso que estuve ejerciendo la prostitución en España? Nuestro trabajo en España, por lo que tenía entendido, era "alegal". O sea, ni lo prohibían, ni lo legalizaban. De ahí que nunca pagamos impuestos, y todo el dinero que hacíamos en la calle era en "negro". Por así decirlo.

Tal y como usted afirma en la pregunta, en nuestro país no está regulado el ejercicio de la prostitución ni se encuentra prohibido por ninguna norma concreta.

En el Código Penal no existe ningún delito que pueda cometer la persona que ejerce la prostitución. Únicamente cometen delitos:

- Aquellas personas que empleando violencia, intimidación, engaño o aprovechándose de su situación de vulnerabilidad obliguen a otra a ejercer la prostitución (artículo 187).
- Quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento (artículo 187).
- Quien induzca, obligue, se lucre o consuma la prostitución de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección (artículo 188).

- Aquel o aquella que lleve a cabo actividades constitutivas de trata de seres humanos (artículo 177 bis).

El único supuesto en el que el ejercicio de la prostitución puede conllevar sanciones económicas (administrativas) a la persona que lo lleva a cabo es si se practica en zonas de tránsito público próximas a lugares destinados a menores, como colegios o parques infantiles, o en zonas de tránsito público que puedan generar un riesgo para la seguridad. Estas conductas son consideradas sanciones graves, según el artículo 36.11 de la Ley 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, y pueden ser sancionadas con multa de 601 a 30.000 euros. Sin embargo, si observamos el artículo 38 de la misma ley, las sanciones graves tienen un plazo de prescripción de un año, por lo que a usted no se le podría exigir su cumplimiento al haberse excedido con creces el plazo.

Por tanto, el mero ejercicio de la prostitución que llevó a cabo en España no puede conllevarle actualmente ningún tipo de sanción ni penal ni administrativa.

8. Cabe aclarar que nunca he estado ilegal en Europa. Tengo mi residencia permanente italiana, y eso me permite el libre tránsito por toda Europa. Pero, viví en España y sobrepasé el tiempo límite de estancia vacacional que son 3 meses. A veces viajaba a Italia a visitar a mi familia, y luego regresaba a mi apartamento en Madrid. Nunca tuve inconvenientes. Es más, cuando la policía me pedía los documentos en la calle, siempre les di mi residencia italiana y me aceptaban esta. La cuestión es que, me da temor que la Oficina de Emigración de España desee demandarme por haber estado ilegal en el país, o sea, por haber sobrepasado el tiempo permitido de estancia, siendo yo una PERSONA EXTRANJERA RESIDENTE EN OTRO PAÍS DE LA UNIÓN EUROPEA.

Los ciudadanos de la Unión Europea tienen reconocido el derecho a la libre circulación y residencia en los países de la Unión por los artículos 3.2, del Tratado de la Unión Europea, 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aun ostentando este derecho, como usted comentaba, los ciudadanos comunitarios, si van a permanecer más de tres meses en nuestro país, deben solicitar su inscripción en el Registro Oficial de Extranjeros en la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia en la que vaya a fijar su residencia permanente o, en su defecto, en las Comisarías de Policía. Así lo afirma el artículo 7.5 del Real Decreto 240/2007. Por tanto, si usted tiene la nacionalidad italiana debía haber acudido a dichas oficinas para solicitar su inscripción en el Registro Oficial de Extranjeros al entender que iba a permanecer más de tres meses en España.

Las personas nacionales de un país no comunitario residentes en la Unión pueden contar con el derecho a la libre circulación si su permiso de residencia así lo prevé.

Usted nos ha comentado que tiene un permiso de residencia permanente, el cual se encuentra regulado en la DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO y en el Real Decreto 240/2007. Dicho permiso lo pueden obtener los ciudadanos de la Unión Europea o miembros de su familia que no sea nacionales de uno de esos Estados, que hayan residido de manera legal y continuada en el país de acogida (en su caso Italia) durante un periodo mínimo de cinco años. A estas personas, al tener el permiso de residencia permanente, se les reconoce también el derecho a circular y residir libremente por el territorio de los países de la Unión. En concreto, son los artículos 6 y 7 de la Directiva y del Real Decreto respectivamente los que lo reconocen. Por tanto, si usted cuenta con la residencia permanente en un país de la Unión, puede circular y residir libremente en los diferentes Estados miembros. Sin embargo, en estos casos también se obliga a solicitar la inscripción en el Registro Oficial de Extranjeros para las residencias superiores a tres meses.

Si por lo que fuera usted tuviera otro permiso que no otorgue el derecho a la libre circulación y permaneciera más de tres meses en nuestro país, podría encontrarse en situación irregular, como usted afirmaba. Encontrarse irregularmente en España constituye una infracción grave, tal y como afirma 53.1 a) de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000). Por tanto, si usted no tiene la nacionalidad italiana o de algún país miembro y tiene una autorización de residencia que no autorice la libre circulación, se habría encontrado durante ese periodo de forma irregular en nuestro país, lo que podría haber conllevado sanciones administrativas.

Sin embargo, usted no debe preocuparse por una posible sanción de las Autoridades de Extranjería españolas pues, si atendemos al artículo 225.2 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011), la posibilidad que tiene la Administración para sancionar prescribe a los tres años si la infracción es muy grave; a los dos años si es grave, y a los seis meses si es leve, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido. Por tanto, aun si usted hubiese permanecido de forma irregular en España por no ser ciudadana de la Unión y por no tener un permiso de residencia que le habilite a ello, su infracción habría prescrito al haber transcurrido más de dos años. Incluso si usted hubiese cometido una conducta que pudo constituir una sanción muy grave (son casos mucho más graves que el suyo), esta ya habría prescrito, pues usted dejó de vivir en nuestro país hace siete años.

9. ¿Las penas prescriben en España? O sea, ¿en caso de que haya cometido algún delito, este, con los años, puede desaparecer?

En efecto, el artículo 131 del Código Penal establece que los delitos prescriben tras haber transcurrido los siguientes años:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

Teniendo esto en cuenta, vamos a observar cuándo prescriben los delitos que hemos analizado en la pregunta número 2. El delito de **lesiones dolosas**, al tener una pena máxima de prisión de doce años, prescribe a los **quince**. Como la pena máxima del delito de **lesiones imprudentes** es de tres años, prescribe a los **cinco** años.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil que deriva del delito no prescribe hasta que no prescribe el delito en sí. Diversas sentencias, como la del Tribunal Supremo 121/2021 de 11 de febrero, han establecido que al iniciarse el proceso penal se interrumpe la prescripción de la posibilidad de solicitar una indemnización por la vía civil (no por la penal). Por tanto, al terminar el proceso penal con una condena absolutoria (determinando que no ha cometido el delito) se reanuda el plazo para la acción civil, siendo este de cinco años desde la sentencia, tal y como establece el artículo 1964.2 del Código Civil. No obstante, en nuestro caso, si el delito hubiera prescrito y no se pudiera iniciar el proceso penal, tampoco podría exigirse responsabilidad civil. El plazo de prescripción en los delitos de lesiones de los que estamos hablando es de 5 y 15 años, por lo que, cuando estos hubieran prescrito, también habría prescrito la acción de responsabilidad civil al tener un plazo igual o inferior.

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 de la Universidad de Alcalá

Resumen de la Consulta

-. La consulta la realiza una médica que atendió a un paciente que se encontraba ingresado por neumonía. Durante el ingreso fue diagnosticado con VIH con una elevada carga viral. Tras darle de alta y citarle a los tres días, no acudió porque falleció ese mismo día a causa de un posible suicidio.

Solicita información sobre si pueden comunicar el diagnóstico a la mujer del fallecido, pues puede estar en juego su salud si se le transmitió 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...)

-. 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). Considerando 27 (sobre si las normas sobre protección de datos se aplican a personas fallecidas).

-. Constitución Española. Artículo 15.1 (sobre el derecho a la integridad física). Artículo 18.1 (sobre el derecho a la intimidad personal). Artículo 18.4 (sobre el derecho a la protección de datos). Artículo 43 (sobre el derecho a la protección de la salud).

-. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 7.4 (sobre las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad).

-. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Artículo 2.2.b (sobre la no aplicación de sus directrices a los datos de las personas fallecidas). Artículo 3 (sobre la protección de datos de las personas fallecidas). Artículo 5 (sobre el deber de confidencialidad de los responsables del tratamiento 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 18.4 (sobre el acceso a la historia clínica del paciente fallecido).

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

-. Sentencia 794/2013 de 16 de diciembre el Tribunal Supremo. Fundamento Jurídico 3. Sobre un ejemplo de intromisión ilegítima en la intimidad de una persona fallecida.

-.

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

-. DICTAMEN QUE SE EMITE EN RELACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA EN RELACION AL DERECHO DE ACCESO A UN EXPEDIENTE TRAMITADO POR LA DIPUTACION FORAL DE XXXXX de 26 de octubre de 2009. Agencia vasca de protección de datos. (Sobre el acceso de familiares a la historia clínica sin la prohibición expresa del paciente).

https://www.legegunea.euskadi.eus/dictamen_avpd/d09_051/webleg00-contfich/es/

-. Resolución N.º: R/00140/2023 de la Agencia Española de Protección de Datos. (Sobre el acceso de familiares a la historia clínica sin la prohibición expresa del paciente).

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

Respuesta fundamentada

Estimada usuaria,

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir información legal. Gracias a consultas como las tuyas los alumnos podemos aprender de casos reales y ser mejores juristas y abogados en el futuro.

De su consulta podemos plantearnos que, en principio, podría existir un conflicto entre dos derechos, por un lado, el derecho a la salud e integridad física de la esposa de su paciente y, por otro, el derecho a la protección de datos y a la intimidad personal de este último. Por tanto, para poder darle una respuesta completa y fundamentada a su consulta deberemos analizar cuál es el derecho que prima en esta situación.

La Constitución Española reconoce el derecho a la integridad física y moral en su artículo 15 y el derecho a la protección de la salud en el 43, pero también recoge los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la protección de datos en los apartados 1 y 4 del artículo 18, respectivamente.

Sin embargo, estos derechos no son absolutos, sino que tienen límites, por lo que debemos atender a la normativa que los desarrolla para observar cuáles son. En concreto, el derecho a la protección de datos se encuentra desarrollado tanto en el Reglamento (UE) 2016/679 de Protección de datos (en adelante, RGPD), como en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales (en adelante, LODPGDD).

El Considerando 27 del RGPD establece que las normas contenidas en él no se aplican a las personas fallecidas, por lo que, en principio, no se reconoce el derecho de

protección de datos a las personas que han fallecido. No obstante, el mismo considerando reconoce la posibilidad a los Estados de la Unión poder promulgar normas que regulen cómo se tratan estos datos. En España, el artículo 2.2 b) de la LOPDGDD acoge la interpretación del RGPD, estableciendo que sus normas no se aplicarán a las personas fallecidas. No obstante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Considerando 27, el artículo 3 de la LOPDGDD regula determinados aspectos relativos a la protección de los datos de las personas fallecidas. Concretamente reconoce la posibilidad a los familiares o herederos del fallecido de solicitar el acceso, rectificación (que se modifiquen) o supresión de sus datos. Todo ello, siempre y cuando la persona no lo hubiera prohibido expresamente.

En consecuencia, la normativa sobre protección de datos solo regula, respecto a los datos de las personas fallecidas, la posibilidad de que los familiares o herederos soliciten el acceso, rectificación o supresión de sus datos, si la persona en cuestión no lo hubiera prohibido expresamente en vida. En este sentido, tal y como recuerda la resolución N.º: R/00140/2023 de la Agencia Española de Protección de Datos, si la persona lo ha prohibido expresamente, el personal sanitario tiene la obligación de mantener la confidencialidad de los datos que les impone el artículo 5 de la LOPDGDD, aunque la familia solicite el ejercicio del derecho de acceso.

Para que aplicara el supuesto indicado respecto al ejercicio de derechos, deberían ser los familiares o herederos los que solicitaran el acceso a la información que nos indica en la consulta, por lo que entendemos que en este caso no aplicarían las disposiciones relativas a la protección de datos de las personas fallecidas. No obstante, si existiera algún tipo de prohibición expresa por parte de la persona fallecida para el acceso a sus datos de carácter personal, no dude en indicárnoslo y analizaremos el alcance que podría tener dicha prohibición.

Por otra parte, por regla general, la divulgación o revelación de datos privados conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, como sería su caso, podría considerarse como una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las previstas en el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982. Así, en el caso de personas fallecidas, el artículo 4 de dicha ley establece que el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. No obstante, en el contexto de los hechos de la presente consulta, entendemos que la comunicación del estado serológico del paciente fallecido a su mujer, teniendo en cuenta que su única finalidad es la protección a la salud de esta última, no debería dar lugar a una acción civil por una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

Los Tribunales han entendido que existe intromisión ilegítima en la intimidad de una persona fallecida en casos muy diferentes al suyo. En concreto, se ha reconocido la

vulneración del derecho en supuestos en los que programas de televisión o prensa han revelado información privada acerca de una persona famosa y reconocida. Por ejemplo, en la Sentencia 794/2013 de 16 de diciembre el Tribunal Supremo entendió que la información proporcionada por un programa de televisión sobre las circunstancias de la muerte de una persona y sobre su drogadicción suponía una intromisión ilegítima en su intimidad, aunque esta hubiera fallecido. Como ve, son casos muy específicos sobre intromisiones ilegítimas cuando se producen en el ámbito público, muy diferentes al caso que nos plantea en su consulta. Por ello, entendemos que es muy poco probable que su caso se considere como un supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por comunicar el estado de salud del fallecido a su esposa.

Así, en este caso, los otros derechos en juego son el derecho a la integridad física de la mujer del artículo 15 de la Constitución y el derecho a la protección de su salud del artículo 43. El artículo 18.4 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente establece que los centros sanitarios y sus facultativos permitirán el acceso a la historia clínica, además de a la familia del fallecido si no lo hubiera prohibido expresamente, a terceros siempre que esté motivado porque existe un riesgo para su salud. Por tanto, si existe riesgo para la salud de un tercero (no hace falta que sea familiar) también se permite que se acceda a la historia clínica, sin que en este caso se haga mención de que el paciente no lo hubiera prohibido expresamente. Más aún cuando se trata de una enfermedad grave que tiene un tratamiento eficaz y en la que es tan importante que se diagnostique rápidamente. En estos casos, la comunicación al tercero de los datos de salud se limitará a los estrictamente necesarios para así preservar todo lo posible su intimidad. Únicamente podría comunicarle a la esposa la posibilidad de haber estado expuesta a una transmisión de VIH con su marido, no podría darle más detalles. En conclusión, si existe un riesgo para una tercera persona, aun cuando no es un familiar, el derecho a la protección de datos de la persona fallecida se limita para preservar el derecho a la integridad física.

Por todo ello, desde la Clínica Legal consideramos, teniendo en cuenta la información que nos ha facilitado, que en este caso prevalecería el derecho a la salud e integridad física de la esposa del fallecido y, en consecuencia, sería pertinente y adecuado comunicarle el estado serológico de su marido a efectos de poder garantizar su protección a la salud.

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 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 desea saber si en CESIDA se presta algún tipo de asesoramiento jurídico en cuanto a las medidas legales que se pueden tomar contra una persona que deliberadamente, sabiéndose positivo y sin medicarse, transmite el VIH a otra.

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...)²¹

Internacional. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

- Artículo 3. Derecho a la vida
- Artículo 12. Derecho a la intimidad.
- Artículo 15. Derecho a la vida y a la integridad física y moral.
- Artículo 43. Derecho a la protección de la salud.

Internacional. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Artículo 17. Derecho a la intimidad.

Unión Europea. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado núm. 243/1979, de 10 de octubre.

- Artículo 8.1. Derecho a la intimidad.

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

- Artículo 10.1. Respeto a los derechos de los demás
- Artículo 15. Derecho a la vida y a la integridad física y moral.
- Artículo 18.1. Derecho a la intimidad personal.
- Artículo 43. Derecho a la protección de la salud.

²¹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

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

- Artículo 109 y ss. Responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.
- Artículo 149.1. Delito lesiones agravadas por grave enfermedad somática.
- Artículo 152. Delito de lesiones por imprudencia grave.

España. Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. *Boletín oficial del Estado*, 24 de diciembre de 2022, núm. 308.

- Disposición adicional nonagésima. Determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2023.

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

- Artículo 3.1. Requisitos básicos Asistencia Jurídica Gratuita
- Artículo 4. Requisito adicional de carecer de patrimonio suficiente.
- Artículo 5.1 . Reconocimiento excepcional del derecho.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

- Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²²

- . STS 690/2019, de 11 de marzo, rec. 1807/2018, FJ

Hechos del caso: Luciano había sido diagnosticado por infección de VIH desde el 15 de julio de 2004. En el año 2012 inició una relación sentimental con Clemencia, con la que convivió un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de septiembre de 2014. En el mes de septiembre de 2013, se diagnosticó a Clemencia que era portadora del VIH, virus que le había transmitido Luciano, en el curso de las prácticas sexuales que ambos mantenían. No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía Luciano y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con él sin tener conocimiento de tal extremo.

El Tribunal analiza si concurren los requisitos objetivos del tipo de lesiones o bien Clemencia se había colocado a sí misma en la situación de riesgo de la que derivan las lesiones (autopuesta en peligro), o bien asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro).

²² Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

El Tribunal, después de un extenso análisis, concluye que no ha quedado acreditado fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía Luciano y que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo. La expresión “ no haberse probado la ignorancia” significa que se desconoce si Clemencia sabía del riesgo que corría al mantener relaciones sexuales con Luciano sin usar protección, lo que impide aseverar que Clemencia otorgara el consentimiento y apreciar la heteropuesta en peligro que excluye la punibilidad de las lesiones.

Fallo: Existe una duda razonable sobre si Clemencia sabía o no que Luciano estaba infectado por lo que subsiste a favor de Luciano un margen de duda que es determinante de su absolución. Por el principio *in dubio pro reo* se absuelve a Luciano de un delito de lesiones agravadas del art. 149.1 CP.

-. STS 1218/2011, de 8 de noviembre, rec. 373/2011, FJ 1.

Hechos del caso: Jacinto mantuvo con Bibiana ,con la que tenía una relación sentimental , varias relaciones sexuales y, a pesar de que padecía infección por el virus del Sida y la alta probabilidad de contagio de la misma por transmisión sexual, no utilizó en dos de tales ocasiones preservativo ni protección de ninguna clase, y tras haber tenido los contactos sexuales referidos, se lo dijo, aunque refiriéndole que acababa de enterarse del contagio, y Bibiana, tras realizarse las pruebas, resultó que estaba infectada siendo portadora del virus VIH.

La sentencia citando la STS 528/2011, de 6 de junio, mencionada que el elemento esencial para la calificación jurídica de este tipo de contagios es la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH. El derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante. La existencia o no de esa previa información resulta crucial ya que el hecho de no haber advertido a la pareja que era portador del virus sitúa al acusado en posición del dominio del hecho que lo convierte en autor de un delito de lesiones, ya que el sujeto pasivo no habría aceptado mantener relaciones sexuales de conocer que las estaba realizando con una persona que estaba infectada por ser portadora del virus (VIH).

El Tribunal analiza si se trata de una conducta dolosa o imprudente, estableciendo 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 ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. 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 produjeran el contagio cuya representación resultaba 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, como así sucedió. Asimismo, no se debe olvidar que el término "de propósito" incluido en el artículo 418 del Código Penal derogado ha sido excluido en el artículo 149 del vigente Código Penal lo que elimina cualquier cuestión sobre la aplicación del dolo eventual a este supuesto agravado de lesiones.

Fallo: Condenar a Jacinto como autor un delito doloso de lesiones graves causantes de una grave enfermedad (art. 149 CP) al tener pleno conocimiento de la posibilidad de producir graves lesiones por no utilizar medios de protección , esta conducta impide que se aprecie dolo eventual ya que actuó con plena conciencia al no informar a Bibiana para seguir manteniendo relaciones sexuales. Asimismo, el término “ de propósito” incluido en el art. 148 CP derogado ha sido excluido en el art. 149 del vigente CP por lo tanto, se elimina la aplicación del dolo eventual.

- . **STS 528/2011, de 6 de junio, rec. 1938/2010, FJ 1.**

Hechos del caso: Gerardo siendo pleno conocedor que estaba infectado de VIH desde el año 1994 y posteriormente desarrollar la enfermedad del SIDA, mantuvo relaciones sexuales con Araceli sin comunicarle su enfermedad. La pareja usaba preservativo como medio de protección en sus relaciones sexuales. Gerardo había sido informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros del SIDA.

El preservativo se rompió en cuatro o cinco de los contactos sexuales y Araceli quedó embarazada y dio a luz a la hija de ambos en mayo de 1997. En agosto del mismo año, la hija cayó gravemente enferma ingresando en un hospital donde se descubrió que estaba infectada de VIH. A raíz de esta circunstancia se realizó un estudio médico familiar para determinar el origen de la infección, siendo Araceli diagnosticada como portadora del VIH. A su vez, se determinó que Araceli fue infectada por Gerardo al mantener relaciones sexuales con ella. Desde el nacimiento de la menor Gerardo y Araceli continuaron siendo pareja y, dos años después de diagnosticado el VIH a la madre y a la hija, contrajeron matrimonio. 4 años después del divorcio, Araceli presenta querrela contra Gerardo por un delito de lesiones.

El Tribunal empieza aclarando que el hecho de que Gerardo no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente habrá de consistir en el hecho de haber realizado los actos que causalmente provocaron el contagio, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado. Al respecto, tan sólo puede afirmarse que, en caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad para Gerardo, pero no siendo así, la referida ausencia de comunicación no puede considerarse por sí misma, como causa del resultado de las graves lesiones.

En opinión del Tribunal Supremo, el uso de profilácticos por Gerardo en los contactos sexuales con Araceli elimina el dolo directo y también el eventual. Sin embargo, aprecia una conducta imprudente de Gerardo que aun con la utilización del preservativo el resultado del contagio del VIH vinculado con los actos realizados por él era no solo evitable, sino que también previsible. El comportamiento descuidado del acusado consiste en no poner la diligencia necesaria para evitar esas cuatro o cinco roturas susceptibles de generar un riesgo real y efectivo que se concretó en las lesiones tanto a su pareja como posteriormente a su hija. Estos resultados reúnen los requisitos de previsibilidad y evitabilidad.

Fallo: Condena a Gerardo como autor de dos delitos de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.2º CP.

- . SAP de Madrid (sección 11ª) de 10 de julio de 2007, rec. 222/2006, FJ 3 , FJ4

Hechos del caso: Gema interpone demanda de reclamación de daños y perjuicios y daño moral contra su cónyuge Héctor por haberle ocultado que era portador del VIH. Héctor se sometió a un análisis de VIH donde dio positivo y se le aconsejó que realizar una nueva prueba, que no hizo. Tres años después contrajo matrimonio con Gema sin informarle de su posible condición de ser portador del VIH. Como consecuencia de haberse vacunado para realizar el viaje de novios a Sudáfrica, desarrolló la enfermedad que fue diagnosticada aproximadamente un mes después de la celebración del matrimonio y en ese momento, Héctor informó a su pareja que afortunadamente no fue contagiada de VIH a pesar de haber mantenido relaciones sexuales sin la utilización de profilácticos.

En cuanto a los daños morales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.) dando carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado -- Sentencia de 31 de Mayo de 1983 y las en la misma citadas-- (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1984). Trasladando toda esta doctrina al supuesto de hecho, se ha de apreciar la existencia de un daño moral indemnizable a favor de Gema , y derivado de la omisión con culpa al ocultar su enfermedad, con una relación directa en cuanto a tal conducta omisiva, por cuanto no cabe duda que al descubrir Gema la enfermedad de su pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas y tratarse de una enfermedad que es transmisible hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, sus sentimientos no pudieron ser

otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre, etc., que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio

Fallo: El hecho que Gema no hubiera sido contagiada, no excluye el resarcimiento del daño moral. Asimismo, la falta de consecuencias a medio o largo plazo tampoco puede llevar a entender que el daño moral puede ser una cantidad simbólica ya que no se puede obviar que la conducta del demandado que de manera irresponsable pone en riesgo de contraer la enfermedad a la persona que había decidido casarse con él llevando consigo no sólo la falta de lealtad de su pareja sino también el hecho de truncar las expectativas en común

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)²³

-. DECLARACIÓN DE OSLO SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DEL VIH
Preparado por la sociedad civil internacional en Oslo, Noruega el 13 de febrero de 2012.

-. ONUSIDA, directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos versión consolidada de 2006.

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

-. ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Responsabilidad civil derivada de transmisión de VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista de derecho patrimonial* 34,(mayo-agosto de 2014). Disponible en: <https://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD48837.pdf>

-. ONUSIDA, “Poner fin a la penalización excesiva por la no relevación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas”, mayo de 2014. Disponible en: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/Guidance_Ending_Criminalisation_es_0.pdf

-. ONUSIDA, “Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones de política”, Ginebra, junio de 2002. Disponible en: https://data.unaids.org/publications/irc-pub02/jc733-criminallaw_es.pdf

-. RAMIRO AVILÉS. M.A., y RAMÍREZ CARVAJAL, P., *VIH y privacidad*, Universidad de Alcalá, Facultad de derecho. Disponible en:

²³ Se explicará su utilidad para la respuesta.

https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_Informe_VIH_Y_PRIVACIDAD-.pdf

Respuesta fundamentada²⁴

Estimado usuario,

Queremos darle las gracias por la confianza depositada en la Clínica legal de la Universidad de Alcalá, ya que esto nos permite desarrollar nuestras habilidades profesionales mediante el estudio de un caso real.

Índice

- 1. Revelación del estado serológico a pareja sexual estable o esporádica**
- 2. Responsabilidad civil derivada del delito**
- 3. Responsabilidad civil por transmisión del VIH**

1. Revelación del estado serológico a pareja sexual estable o esporádica

Las personas con VIH, en garantía de su derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, no están obligadas a declarar sobre su estado serológico a su pareja sexual ya sea estable o esporádica, siempre que se pongan los medios para impedir la transmisión (por ejemplo uso de preservativo), ya que la simple puesta en peligro no es considerada como un delito o falta administrativa. Por lo tanto, nadie tiene obligación, declarar sobre su estado de salud siempre y cuando se utilicen Medidas Universales de Prevención de la Transmisión (en adelante, MUPT).

Las MUPT son un conjunto de normas que van desde la higiene personal hasta los elementos de protección barrera que deben utilizarse para evitar la transmisión del VIH. Estas medidas consideran que la sangre y los fluidos orgánicos de todas las personas son considerados potencialmente infecciosos para VIH , VHB (hepatitis B), VHC (hepatitis C) y otros patógenos transmitidos por la sangre. En consecuencia, deben usarse precauciones apropiadas para evitar el contacto de sangre y fluidos potencialmente infectados con membranas mucosas. Por ejemplo, mediante utilización de condones (masculinos y femeninos) y preservativos, tratamientos antirretrovirales, etc.

El derecho a la intimidad no es ilimitado, por lo que si las MUPT no se utilizan o fallan, creando una situación de riesgo de transmisión del VIH, sí se tiene la obligación de revelar el estado serológico para que puedan adoptarse las medidas de profilaxis

²⁴ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

postexposición (en adelante, PPE). Las PPE implican tomar medicamentos después de una posible exposición al VIH para prevenir contraerlo y deben usarse solamente en situaciones de emergencia y comenzarse dentro de las 72 horas de una posible exposición al VIH. Por el contrario, si no se revelase el estado serológico a la pareja, se estaría vulnerando el derecho a la vida y la integridad física constitucionalmente protegido por el art. 15 CE y podría ser constitutivo de delito de lesiones graves del art. 149 CP o lesiones graves imprudentes del art. 152 CP como veremos más adelante.

Es importante mencionar que, en el caso de que no exista transmisión real del VIH a otra persona, el daño moral por la no revelación del estado serológico no es suficiente para justificar un procesamiento penal. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo, en la que se considera que el hecho que una persona con VIH no comunique a su pareja esta información por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación, desde el punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente debe consistir en el hecho de haber realizado actos que causalmente provocaron la transmisión del virus con la intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado.

Por otro lado, en caso de haber comunicado tal circunstancia y a pesar de ello, la pareja haya consentido mantener relaciones sexuales con o sin protección, este consentimiento excluiría la responsabilidad penal.

En España, como analizaremos a continuación, la transmisión del VIH a un tercero genera no solo responsabilidades penales para el causante de la transmisión (responsabilidad civil derivada del delito) sino también civiles (responsabilidad extracontractual).

2. Responsabilidad civil derivada del delito

En España no hay un tipo penal específico para criminalizar directamente la transmisión del VIH, esta transmisión puede quedar penalizada dentro del delito de lesiones doloso (incluye el dolo eventual) del art. 149.1 CP (lesiones agravadas por enfermedad grave, somática o psíquica) o un delito de lesiones imprudentes (art. 152 CP) ya que el VIH se considera como una enfermedad somática grave que no tiene cura, requiere tratamiento de por vida y por la aparición de enfermedades oportunistas que merman la calidad de vida de la persona que contrae el virus.

Es importante mencionar que se castiga penalmente a la persona con VIH que cause una lesión a otra, mediante la transmisión de la enfermedad, si esta se produce de forma dolosa o imprudente siendo un delito de resultado del que sólo se puede interponer denuncia o querrela si se prueba de forma fehaciente que se ha producido la

seroconversión de un tercero y que la persona con VIH es la responsable de la transmisión.

Por otro lado, los tribunales han establecido además de la sanción penal, una indemnización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios del art. 116 CP que establece que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho derivan daños y perjuicios. Esta responsabilidad se denomina responsabilidad civil derivada del delito que implica que toda persona que cometa un delito tiene la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados y comprende la restitución de los bienes de los que haya sido privada la víctima, la reparación del daño causado directamente por el delito a la víctima y la indemnización de cualquier otro perjuicio (art. 109 y ss. CP).

3. Responsabilidad civil por transmisión del VIH

La responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC establece que el que causa un daño a otro, ya sea por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño. Esto implica, la obligación de indemnizar a la persona que se le ha causado un daño (daños biológicos, psicofísicos, morales, materiales y/o patrimoniales) sin necesidad que exista o haya existido entre ellas un contrato previo.

La existencia de responsabilidad requiere una conducta de acción u omisión por parte de la persona que causa el daño. En el caso de la transmisión del VIH, se trata de un comportamiento simultáneamente **activo** (realización de actividades sexuales por la persona con VIH) y **omisivo** (no utilizar las correspondientes medidas de prevención o no se informa a la pareja del padecimiento del VIH). Adicionalmente, se exige que entre el daño producido (físico o corporal, moral) y la acción u omisión exista una relación causalidad, es decir, que se demuestre que la conducta de la persona con VIH es la causante directa de la transmisión del virus a un tercero.

Es necesario mencionar que también puede exigirse responsabilidad por daños morales cuando la persona haya sido expuesta al VIH y no haya transmisión efectiva del virus debido al impacto psicológico que implica haber estado expuesta al virus, que a su vez conlleva la realización del test de detección del VIH y tratamiento psicológico. En consecuencia, se puede exigir la responsabilidad extracontractual de la persona con VIH que pone en riesgo a otra por el daño moral producido sin necesidad que exista transmisión efectiva del VIH.

En conclusión, si una persona considera que se le ha causado un daño, puede presentar mediante abogado y procurador, una demanda de responsabilidad extracontractual con el fin de obtener una indemnización. El plazo para interponer la acción es de un año desde el momento en que la persona tuvo conocimiento de haber contraído la enfermedad (art. 1968.2 CC).

Para responder a su consulta, la persona que teniendo conocimiento que es seropositivo y sin medicarse transmite el VIH a otra persona, sin haber adoptado las medidas necesarias para evitar la transmisión (MUPT) y no informar sobre su estado serológico a su pareja ya sea estable o esporádica, se puede considerar como una conducta dolosa enmarcada dentro del delito de lesiones graves causantes de enfermedad (art. 149.1 CP).

La persona contagiada tiene dos opciones:

1. Exigir responsabilidades penales interponiendo denuncia o querrela solicitando que se sancione penalmente la conducta y se establezca una indemnización en concepto de daños y perjuicios (responsabilidad civil derivada del delito).
2. Interponer en la jurisdicción civil, demanda de responsabilidad extracontractual solicitando la indemnización por los daños y perjuicios causados ya sean de tipo material, psicológico o moral.

Para exigir responsabilidades penales o civiles, se debe interponer la correspondiente querrela o demanda por responsabilidad extracontractual mediante abogado y procurador:

- **En el caso de exigir responsabilidad civil derivada del delito:**
Comprende la restitución de los bienes de que haya sido privada la víctima, la reparación del daño causado directamente por el delito y la indemnización de cualquier otro perjuicio material o moral a la víctima o terceros (art 110 y 113 CP). Si inicia el procedimiento mediante denuncia, puede hacerlo usted mismo sin necesidad de abogado y procurador.
- **Si opta por exigir la responsabilidad civil :**
Se exige la reparación del daño causado incluyendo los daños biológicos, morales, materiales y/o patrimoniales. No es necesario interponer demanda con abogado y procurador si la cantidad reclamada no supera los 2.000 euros. Asimismo, puede exigir responsabilidades por el daño moral producido sin necesidad que exista transmisión efectiva del VIH por el impacto psicológico que implica el haberse expuesto al virus.

En el caso que no cuente con ingresos económicos para iniciar el procedimiento mediante abogado y procurador puede pedir Asistencia Jurídica Gratuita en el Colegio de abogados de su domicilio. La Asistencia gratuita incluye los gastos de abogado y procurador e informes periciales para la valoración del daño.

Según lo dispuesto por el art. 3.1 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG) , se 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 del Indicador de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigentes en el momento de efectuar la solicitud de asistencia jurídica gratuita:

- a) Dos veces el IPREM vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.
- b) Dos veces y media el IPREM vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.
- c) El triple del IPREM cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente

Aunque los ingresos económicos brutos que se hayan declarado o que consten en la documentación valorada, resulten inferiores a los límites arriba mencionados, a los efectos de comprobar la insuficiencia de recursos para litigar, también se tendrán en cuenta los signos externos que manifiesten la capacidad económica real y si es considerada superior, se denegará el derecho a la asistencia jurídica gratuita. A dichos efectos, se tendrá en cuenta la titularidad de bienes inmuebles que no sean la vivienda habitual, así como los rendimientos de capital mobiliario (art. 4 LAJG)

Excepcionalmente, podrá reconocerse el derecho a personas cuyos ingresos no excedan del quíntuplo del IPREM en atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, las tasas judiciales y otros costes derivados de la iniciación del proceso, y otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial (art. 5.1 LAJG).

El IPREM según la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, asciende a : 20 € diarios; 600 € mensuales; 7.200 € anuales. (disposición adicional nonagésima). Puede comprobar si cumple con los requisitos en el siguiente enlace: <https://www.abogacia.es/servicios/ciudadanos/servicios-de-orientacion-juridica-gratuita/>

Para finalizar, esta consulta forma parte de un proceso formativo, por lo tanto, no estamos capacitados para prestar asesoramiento jurídico.

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

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

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

-. La consulta nos la realiza una usuaria con VIH, residente en Almería, que quiere saber si se considera discriminación la actuación de un centro deportivo al no aceptarla en su gimnasio. Además, relata que, la persona de recepción la llamó asquerosa por su condición de seropositiva y la amenazó con difundir esta información entre sus familiares pertenecientes a este mismo centro deportivo. Ella considera que se trata de un ataque tanto a su intimidad, como a su honor y buena imagen por parte de la trabajadora como por parte del centro deportivo.

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...)²⁵

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

Artículo 14. Derecho a la igualdad.

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

Artículo 119. Justicia gratuita.

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

Artículo 169. Delito de amenazas.

Artículo 208. Delito de injuria.

Artículo 512. Delito cometido con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución.

-. 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

[Artículo 3. Requisitos básicos.](#)

[Artículo 5. Reconocimiento excepcional del derecho.](#)

-. España. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de julio de 2022, núm. 167

²⁵ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

Artículo 4. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación

Artículo 6. Definiciones.

Artículo 47. Infracciones.

Artículo 48. Sanciones.

-. Andalucía. Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de enero de 2004, núm. 14

Artículo 18. Obligación de disponer de libro de quejas y reclamaciones, de tramitar y contestar a las mismas.

Artículo 71. Tipos de infracciones.

Artículo 74. Cuantías de las multas.

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

Artículo 47. Infracciones.

Artículo 48. Calificación y Graduación de las infracciones.

Artículo 49. Sanciones.

Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²⁶

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio de 1981 (FJ 3). Esta sentencia trata la aplicación del juicio de proporcionalidad en relación con la igualdad, establece la doctrina de que la igualdad solo es menoscabada si está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que ha de precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, existencia de una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. De esto podemos extraer que el Tribunal Constitucional acude al criterio de razonabilidad que

²⁶ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

implica que la diferenciación persiga un fin constitucionalmente admisible, así como una adecuación entre la medida y fin que la medida persigue.

-. Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2020, de 2 de julio de 2020, (recurso 500/2019). En esta sentencia el Tribunal Constitucional sienta doctrina relativa a su oposición tanto a la discriminación directa como a la discriminación indirecta cuando en su fundamento jurídico 4 establece 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.”*

-. Sentencia del Tribunal Supremo 5487/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de septiembre de 1998, (recurso 3352/1997). Esta sentencia aplica el artículo 512 del Código Penal, ya que trata de una denegación discriminatoria de una prestación. (Fundamentos de derecho 1º apartado d) y 2º)

-. Sentencia del Tribunal Supremo 3673/1988 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 16 de mayo de 1988. Esta sentencia contempla un caso aparente de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, afirma que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*, siendo aplicable el artículo 1.902 CC.

-. Sentencia del Tribunal Supremo 180/2010 (Sala 2º de lo Penal), de 10 marzo de 2010. Esta sentencia contempla un caso de delito de amenazas, estableciendo que: *“En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico. En primera instancia se condena al acusado. Se desestima la casación.”*

-. Sentencia del Tribunal Supremo 593/2003 (Sala 2º de lo Penal), de 16 de abril de 2003. Esta sentencia contempla lo que supone el delito de amenaza no condicional como en este caso, estableciendo que: *“El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo”*

-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 11/2020 (Sección nº27), de 10 de noviembre de 2020. Esta sentencia contempla la injuria leve como no constituyente de delito, estableciendo que: *“la concurrencia del elemento subjetivo del delito leve objeto de acusación, que las expresiones proferidas por el acusado en el marco descrito si bien constituyen palabras maleducadas, soeces y faltas de la más mínima educación-, en recta aplicación del principio " in dubio pro reo ", y según la propia naturaleza circunstancial del delito, no es factible aseverar, fuera de toda duda*

racional, que estuviesen expresamente dirigidas a atentar contra la dignidad de su destinataria, no mereciendo las mismas en el presente caso y en atención a las peculiares circunstancias que concurren, una respuesta penal, careciendo de entidad para ello, encontrándonos, ante un comportamiento si bien incorrecto y de mala educación, no englobable en el tipo penal aplicado, no siendo propio del derecho penal criminalizar tales comportamientos aislados, aun cuando deban ser censurados."

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)²⁷

- Manual para presentar la Hoja de Reclamación, por la Junta de Andalucía:
<https://ws231.juntadeandalucia.es/hoja/ayuda/gestion.pdf>

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

- <https://vlex.es/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237> A través de este enlace se accede a un documento donde se contempla la responsabilidad civil precontractual.

- <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/reclamaciones> En este enlace puede encontrar información relativa a la reclamación.

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/saludyconsumo/servicios/procedimiento/s/detalle/1276.html> En este enlace se establece como se debe realizar el arbitraje de consumo en Andalucía.

<https://www.juntadeandalucia.es/temas/viviendaconsumo/consumo/proteccion/paginas/mediacion.html> En este enlace se establece como se debe realizar la mediación de consumo en Andalucía.

<https://www.juntadeandalucia.es/temas/viviendaconsumo/consumo/reclamaciones.html> En este enlace se establece como se debe realizar la reclamación de consumidores y usuarios.

<https://www.juntadeandalucia.es/servicios/sede/tramites/procedimientos/detalle/11561.html> En este enlace se establece como se debe realizar la solicitud de justicia gratuita y la compensación económica por turno de oficio.

Respuesta fundamentada²⁸

Estimada usuaria, en primera instancia, queríamos agradecerle su confianza depositada en la Clínica Legal, para nosotros supone una gran oportunidad para aprender y

²⁷ Se explicará su utilidad para la respuesta.

²⁸ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

desarrollar una serie de habilidades profesionales basadas en el estudio de casos reales como el suyo.

Índice

1. **Discriminación directa por denegación del servicio privado**
2. **Reclamación de consumidores y usuarios**
3. **Delitos recogidos en el Código Penal**
4. **Responsabilidad civil precontractual**
5. **Turno de oficio y asistencia jurídica gratuita**
6. **Conclusiones**

1. **Discriminación directa por denegación del servicio privado**

En primer lugar, debemos mencionarle que podríamos estar ante un posible acto discriminatorio por razón de estado serológico. En este apartado abordaremos esta cuestión.

Debemos remitirnos al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en concreto a su disposición adicional única apartado primero, la cual menciona que *“Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud”*

En cuanto a las infracciones, encontramos el artículo 47 y en concreto podría ser de aplicación el apartado 1) el cual establece que: *“Toda actuación discriminatoria contra personas consumidoras vulnerables independientemente del motivo o contra cualquier consumidor o usuario por el ejercicio de los derechos que confiere esta Ley o sus normas de desarrollo, ya sea no atendiendo sus demandas, negándoles el acceso a los establecimientos o dispensándoles un trato o imponiéndoles unas condiciones desiguales”*

Esta infracción se encuentra calificada como leve por el artículo 48 apartado segundo letra a).

En cuanto a la sanción, acudimos al artículo 49 apartado primero letra a) el cual establece que para las infracciones leves serán sancionadas con multa, entre 150 y 10.000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre dos y cuatro veces el beneficio ilícito obtenido.

La discriminación directa, es aquella que se produce cuando una persona con VIH es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por razón de su condición serológica. La discriminación directa se produce cuando se tiene en cuenta

una determinada condición no relevante desde el punto de vista normativo para realizar un trato diferenciado. Su definición también se contempla en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, artículo sexto apartado primero letra a).

En esta misma ley, en su artículo 2 apartado primero, se encuentra el estado serológico como una razón por la que no se puede discriminar a una persona.

En este caso la fuente de la discriminación es un acto, así se encuentra contemplado en el artículo 4 apartado primero párrafo segundo.

En virtud del artículo 47 apartado tercero letra a) constituye una infracción si se discrimina a una persona por razón de estado serológico.

La sanción para esta infracción es de tipo grave al contener un efecto discriminatorio, y en el artículo 48 se establece la sanción correspondiente en este caso una multa entre 10.001 y 40.000 euros.

En la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, en su artículo 71 apartado octavo nº7, se contempla también la infracción por discriminación. En el artículo 74 se contempla la cuantía de las multas en este caso por infracciones leves, entre 200 y 5.000 euros.

Tenemos que realizar el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional, que en su sentido amplio se compone de tres elementos o subprincipios. Cada uno de los elementos requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación y que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes:

1) Idoneidad o juicio de adecuación

Para comprobar la idoneidad de una medida restrictiva de un derecho habrá de verificarse inicialmente si es apta para la consecución del fin perseguido. Examinar si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea. Es por ello necesario que la restricción del derecho resulte realmente útil para justificar el fin perseguido.

En base a esto, podríamos determinar que no es idóneo, ya que no hay en este caso un fin que ampare la conducta de no permitirle acceder al servicio privado por condición de estado serológico.

2) Necesidad o juicio de indispensabilidad

Una vez hemos constatado que no hay una adecuada relación medio-fin, el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada. De entre las posibles alternativas debe optarse por la menos gravosa que pueda satisfacer el mismo objetivo.

En este caso, no hay una necesidad de este medio en concreto, como es el no acceso del servicio privado, ya que impone un sacrificio claramente innecesario ya que puede haber otras alternativas menos lesivas.

3) Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, habiendo analizado los juicios de idoneidad y necesidad, debe comprobarse si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido. Para ello, resulta inevitable valorar los intereses contrapuestos y las circunstancias concurrentes, así como las ventajas y beneficios derivados de la restricción del derecho, que deben ser siempre superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto.

En base a esto, podríamos determinar que no hay una proporcionalidad en sentido estricto, ya que la limitación del acceso al centro deportivo por razón de su estado serológico no supone una ventaja superior a los perjuicios que se causan en este caso.

Por ello, podemos concluir este análisis del juicio de proporcionalidad, afirmando que no se cumple esta proporcionalidad y por tanto es discriminatorio.

En cuanto a las vías para denunciar esta situación estas pueden ser judiciales y extrajudiciales, previstas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su título quinto.

En primer lugar, en cuanto a las vías extrajudiciales, le recomendamos acudir al servicio de atención al cliente encargado de atender esta serie de cuestiones, se trata de un servicio que los centros deportivos deben proporcionar a sus usuarios. Puede presentar una hoja de quejas y reclamaciones.

Son el principal instrumento de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía para manifestar su disconformidad con algún producto o servicio. Pedirla a una empresa o establecimiento pone en marcha un mecanismo para intentar resolver el conflicto en dos fases: en una primera se pretende, a través del formulario recogido en el Anexo I del Decreto 472/2019, de 28 de mayo (la hoja de quejas y reclamaciones), la solución de los conflictos de consumo gracias a la negociación directa entre empresas y personas consumidoras y usuarias.

Para ello, las personas empresarias y profesionales deberán responder en un plazo máximo de 10 días hábiles y cumplir en su respuesta unos requisitos (propuesta de una

solución o justificación de que no la hay; y manifestación expresa sobre si acepta o rechaza resolver la controversia a través de la mediación o el arbitraje de consumo, entre otros).

La segunda fase, ya administrativa, se pone en marcha presentando la hoja a la Administración de consumo cuando la negociación entre las partes no tiene éxito. Entonces la Oficina Municipal de Información al Consumidor o, en su defecto, la Delegación Territorial de Salud y Familias, tras analizar el conflicto, intermediarán y facilitarán que las partes puedan llegar a un acuerdo, asesorará a la persona consumidora acerca de la mejor vía a seguir para garantizar sus derechos e iniciará, en su caso, las correspondientes actuaciones inspectoras y sancionadoras cuando advierta la comisión de alguna infracción administrativa en materia de consumo.

Además, posee de otras vías extrajudiciales donde se puede someter el asunto:

- La decisión arbitral, debiendo contemplarse los términos de los Artículos 57 y 58 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este caso, podemos dirigirnos a la página web de la Junta de Andalucía, consejería salud y consumo. La cual nos establece como realizar el arbitraje de consumo. El enlace es el siguiente:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/saludyconsumo/servicios/procedimientos/detalle/1276.html>

El Sistema Arbitral de Consumo es un servicio público mediante el que las personas consumidoras y usuarias finales pueden resolver sus conflictos de consumo de una manera gratuita, sencilla y objetiva. Requiere la aceptación voluntaria de la empresa o profesional reclamado. El laudo que se dicte resuelve la controversia de manera definitiva, es irrecurrible, ejecutivo y excluye la vía judicial.

En cuanto al plazo, hay empresas que limitan el plazo de presentación de solicitud de arbitraje. Puede consultar dichas empresas en el siguiente enlace: <https://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Empresas%20adheridas%20y%20limitaciones%20principales%20%2814-11-2019%29.pdf>

Para realizar el trámite tiene dos opciones o realizarlo por internet a través del servicio en línea o presencialmente.

Hay un formulario de solicitud de arbitraje de consumo el cual puede descargar del enlace de la página web de la Junta de Andalucía. Deberá acompañar la solicitud de arbitraje de, en su caso, la factura o justificante de pago, el contrato, los folletos informativos, el documento de garantía y cuantas pruebas o documentos sirvan para facilitar la valoración de los hechos. Toda la documentación se presentará en copia,

con la obligación de la parte reclamante de conservar los originales para el caso de que la Junta Arbitral de Consumo los requieran para su cotejo.

Debe reunir una serie de requisitos:

1. Es necesario ser persona consumidora o usuaria final (quedan excluidas, por tanto, para solicitar arbitraje las empresas, profesionales y autónomos).
2. No ha de haberse interpuesto reclamación por el mismo asunto en otra Junta Arbitral, Juzgado, Tribunal ni Administración Pública con competencias en la materia.
3. Ha de ostentarse la legitimación necesaria con relación al conflicto planteado.
4. El conflicto ha de afectar a los derechos y intereses legítimos conforme a la normativa aplicable, conforme a la pretensión a la que la solicitud se refiere.
5. Ha de conocerse que la decisión que se adopte en el laudo arbitral tiene carácter vinculante, impide acudir posteriormente a la vía judicial y no es susceptible de recurso salvo la acción de anulación por los motivos tasados en el artículo 41 la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En este caso se cumplen los requisitos mencionados por tanto podría plantear esta solicitud de arbitraje de consumo.

- De igual manera pueden someterse a un mediador, en los términos previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

De nuevo podemos dirigirnos a la página web de la Junta de Andalucía, la cual prevé la mediación de consumo. El enlace es el siguiente: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/viviendaconsumo/consumo/proteccion/paginas/mediacion.html>

La mediación es un método para solucionar conflictos de consumo. Se trata de una vía voluntaria para la persona consumidora y la empresa, de modo que la solución o el acuerdo al que se llega debe ser aceptada libremente por ambas partes. Es un proceso más rápido que el arbitraje y, a diferencia de este, no tiene valor ejecutivo, sino de acuerdo alcanzado entre las partes involucradas.

Si tras haber presentado una Hoja de Quejas y Reclamaciones no has recibido respuesta en un plazo de diez días hábiles o no estás de acuerdo con la respuesta, puedes dirigirte a los servicios de consumo de la Junta o a alguna asociación de personas consumidoras para solicitar la mediación.

Pueden ocurrir dos cosas:

- No se acepta la mediación. Quien reclama tiene la opción de acudir a los tribunales ordinarios.
- Se acepta la mediación por ambas partes. En este caso, el conflicto se expone a los llamados órganos de mediación, formados por representantes de la administración, de las asociaciones de personas consumidoras y de asociaciones de personas empresarias.

En segundo lugar, en cuanto a las vías judiciales, tenemos las siguientes:

En primer lugar, presentar una demanda civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para este procedimiento se necesita la asistencia de abogado, por ello en el siguiente apartado le explicamos las vías que tiene para su obtención si no posee los recursos económicos suficientes para ello. Si la vulneración se basa en el artículo 14 de la Constitución Española relativo a la igualdad y no discriminación, se puede acudir al procedimiento preferente y sumario.

En segundo lugar, si fuese de mayor gravedad el asunto, se puede interponer una denuncia o querrela, si la denegación de la contratación del servicio privado vulnerase el artículo 512 del Código Penal, que prevé que quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales/empresariales denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su enfermedad, incurren en inhabilitación especial para el ejercicio de dicha profesión por un periodo de tiempo de 1 a 4 años.

Debemos mencionarle que la aplicación del artículo 512 del Código Penal sólo se ha contemplado una vez en el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de septiembre de 1998, sobre las ventas privadas de automóviles

Por último, una vez usted haya agotado todas las vías ordinarias que le hemos comentado anteriormente, si fuera posible invocar la discriminación basada en el artículo 14 de la Constitución Española, y que el caso supusiese una relevancia constitucional, esto podría sustanciarse ante el Tribunal Constitucional vía de recurso de amparo.

2. Reclamación de Consumidores y usuarios

En el caso de que decida interponer una reclamación ante las Administraciones de Consumo competentes y lograr que su pretensión se vea satisfecha, puede dirigirse bien a la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.) de su localidad, o la Dirección General de Consumo de su Comunidad Autónoma.

Para abordar este apartado, debemos tener en cuenta la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía., en concreto su artículo 18, donde se establece la obligación de disponer de libro de quejas y reclamaciones, así como de tramitar y contestar a las mismas.

En este caso, nos remitimos al portal web de la Junta de Andalucía, cuyo enlace en relación con la reclamación de consumidores y usuarios es: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/viviendaconsumo/consumo/reclamaciones.html> En esta página, se contemplan dos vías para interponer la reclamación, por un lado de forma presencial y por otro lado vía telemática.

En primer lugar, las personas que comercialicen bienes o presten servicios deben contar y poner a disposición de las personas consumidoras y usuarias las correspondientes hojas de quejas y reclamaciones.

A la hora de solicitar una hoja de quejas o reclamaciones presencialmente debemos tener en cuenta una serie de aspectos:

- La entrega será obligatoria, inmediata y gratuita.
- La Hoja de reclamaciones deberá ser entregada en el mismo lugar donde se solicite. Además, se podrá rellenar fuera del establecimiento y entregar posteriormente.
- Si la venta o prestación del servicio se realiza fuera del establecimiento o centro, incluyendo los servicios a domicilio o utilizando un vehículo, el profesional deberá llevar consigo un Libro de Hojas de Quejas y Reclamaciones y poner a disposición del reclamante la Hoja de Reclamaciones tras su solicitud.
- Cuando se solicita y esta no le sea entregada porque la empresa o profesional no dispongan de la misma o no deseen entregarla, la persona reclamante podrá solicitar el auxilio de los agentes de la autoridad competente en materia de consumo.

A la hora de rellenar el formulario es importante hacerlo con claridad y concisión, lo que agilizará y simplificará el proceso de reclamación.

Dispone asimismo de un manual para saber cómo debe presentar esta reclamación, cuyo vínculo se encuentra en el enlace que le hemos indicado al principio de este apartado.

Por otro lado, si decide presentar la reclamación vía online si dispone de certificado digital el proceso es enteramente telemático. En caso contrario deberá imprimir la reclamación, rellenarla y presentarla en los registros existentes en todas las dependencias de la Junta de Andalucía.

La actuación de estas Administraciones se inicia con una mediación con la empresa con la que usted mantiene una controversia, en este caso es el centro deportivo, con el fin de allanar posiciones de forma que se logre el resultado más satisfactorio para ambas partes.

En muchas de estas oficinas encontrará un modelo de formulario, que le orientará sobre cómo efectuar la reclamación, aunque bastará con que exponga de forma clara lo que pretende e identifique, tanto a la empresa reclamada como a sí mismo, sin sujeción a ninguna formalidad.

Igualmente, por imperativo legal, los establecimientos deben tener a su disposición un modelo específico de Hoja de Reclamaciones. Este instrumento facilita a los consumidores y usuarios la posibilidad de formular sus reclamaciones en el propio establecimiento donde se producen los hechos, sin que esto sea obstáculo para presentar la reclamación ante las Administraciones de Consumo.

Con independencia de ello, a través de estos servicios de las Administraciones de Consumo, usted puede recibir una información adecuada sobre los derechos que le asisten y las posibilidades de ejercicio de éstos y, en general, cualquier información relacionada con el ámbito de consumo.

En algunos casos, la reclamación que formule servirá de punto de partida para el inicio de las actuaciones tendentes a determinar la existencia o inexistencia de supuestos de hecho sancionables administrativamente.

También puede recurrir a las Asociaciones de Consumidores y a otros Organismos para ciertos sectores específicos.

3. Delitos recogidos en el Código Penal

En este apartado vamos a examinar la conducta de la recepcionista del centro deportivo al faltarle el respeto y amenazarla con divulgar su condición de estado serológico a sus familiares. A su vez analizaremos el acto denegatorio del servicio por razones discriminatorias.

3.1 Delito de injurias (art. 208 CP)

En primer lugar, debemos examinar las agresiones verbales que usted ha sufrido por parte de la recepcionista del centro deportivo. En este caso, cabe mencionar que, todas las ofensas que dirija hacia usted pueden ser constitutivas del delito de injurias recogido en el artículo 208 del Código Penal (CP en lo sucesivo).

Se trata de expresiones que pretenden lesionar su dignidad afectando a su imagen pública, esto es la forma en que le perciben los demás, además de afectar igualmente a su intimidad. Además, no se trata en este caso de una manifestación de la libertad de expresión, ya que esta también contiene unos límites como es en este caso la falta de respeto hacia usted.

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

El artículo 208 CP recoge el delito de injurias, del mismo podemos extraer que, solamente la injuria tendrá consideración de delitos si esta fuese considerada grave pues el resto de injurias leves no serán consideradas delito, pero sí se podrán reclamar su indemnización por la vía civil. En base a los datos que tenemos, se trata de unas injurias leves y por ello no serían constitutivas del tipo penal del artículo 208, ahora bien, usted puede reclamar una indemnización por la vía civil.

Esto ha sido contemplado en varias Sentencia de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Albacete, Gerona, Toledo y Madrid. Todas ellas vienen a establecer que no deben constituir delito tales comportamientos.

3.2 Delito de amenazas (art. 169 CP)

En segundo lugar, debemos examinar las amenazas que usted ha sufrido por parte de la recepcionista del centro deportivo, que consisten en revelar su condición de estado serológico.

El artículo 169 CP considera, entre otras circunstancias, que un sujeto es reo de delito de amenazas cuando amenazare a otro con un mal que constituya delitos contra la intimidad y el honor en su caso, pues teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, la divulgación de su estado serológico constituye un delito contra el artículo 18.1CE.

Por ello, los hechos descritos, pueden ser constitutivos de un delito de amenazas del artículo 169 CP.

Es de aplicación la Sentencia del Tribunal Supremo 593/2003 de 16 de abril de 2003, que contempla un delito de amenazas no condicionales. Ya que en este caso la amenaza es la revelación del estado serológico pero sin establecer una condición.

3.3 Delito de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años (art. 512 CP)

En caso de discriminación en el acceso a un servicio o prestación, podría resultar de aplicación los delitos tipificados en los artículos 511 y 512 CP que consideran delito que un empresario o profesional deniegue a alguien una prestación, en el ámbito público o privado respectivamente, por motivaciones discriminatorias.

Usted nos menciona en el relato de hechos, que se encuentra en lista de espera desde el principio y que no la han avisado para formalizar la matrícula, a su vez comenta que a su amiga ya le han tramitado la matricula y se inscribieron a la vez. En este caso podríamos entender que existe una denegación por parte del centro deportivo, lo cual supone un acto discriminatorio ya que no se basa en unos motivos fundados, sino simplemente es una omisión sin una serie de justificaciones por parte del centro deportivo.

En este caso, podría ser de aplicación el artículo 512 CP, se puede interponer una denuncia o querrela, si la denegación de la contratación de seguros vulnerase este artículo que prevé que quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales/empresariales denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su enfermedad, incurrir en inhabilitación especial para el ejercicio de dicha profesión por un periodo de tiempo de 1 a 4 años.

Debemos mencionarle que la aplicación del artículo 512 CP sólo se ha contemplado una vez en el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de septiembre de 1998, sobre las ventas privadas de automóviles, lo cual pone de manifiesto que no es la vía más conveniente o efectiva.

4. Responsabilidad civil precontractual

En virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.

A través de la responsabilidad precontractual se exige a las partes que en la formación del contrato deban comportarse de acuerdo con la buena fe, dándose una respuesta jurídica adecuada cuando esto no tiene lugar.

No existe en el Código Civil un precepto que, con carácter general, sancione las actuaciones que preceden a la celebración del contrato.

Atendiendo a los grupos de casos, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra y a su vez dentro de esta tipología en los de ruptura injustificada de negociaciones.

Si durante los tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin que exista un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura.

Una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad es necesario que la ruptura sea justificada, entendiéndose que existirá justificación cuando concurra un interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza. En este caso no hay una ruptura justificada ya que en el relato de hechos se menciona que no ha recibido una justificación para seguir en la lista de espera y no haberla llamado para formalizar la matrícula.

En este caso en relación con la responsabilidad civil precontractual, es de aplicación la Tribunal Supremo 3673/1988, la cual aplica el artículo 1902 del CC, el cual establece que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”*. Por ello, en este caso el centro deportivo debería reparar el daño que le ha causado con su no admisión en el centro deportivo.

5. Turno de oficio y asistencia jurídica gratuita

En este apartado vamos a explicarle como debe proceder si desea finalmente demandar a la compañía.

En primer lugar, creemos conveniente informarle en este punto de la posibilidad de solicitar un/a abogado/a del Turno de Oficio. Ya que en el apartado primero de esta consulta le comentábamos que estamos ante un caso de discriminación directa.

En relación con el Turno de Oficio este es un servicio que ofrecen los Colegios de Abogados, formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio.

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

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

En segundo lugar, encontramos la posibilidad de beneficiarse de la Asistencia Jurídica Gratuita.

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

La Asistencia Jurídica Gratuita es un servicio prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El letrado, es designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio, y es la Administración la que asume el pago de los honorarios. Para ello debería acudir al Colegio de Abogados correspondiente que como le indicamos sería el de Almería.

Tendrá derecho a Asistencia Jurídica Gratuita si sus ingresos brutos anuales por cualquier concepto (trabajo, rentas, pensiones, desempleo, intereses...) no superan unas determinadas cantidades, establecidas dicha ley, en su artículo 3 apartado primero.

A su vez, podemos mencionar el artículo 5 apartado segundo de la misma ley, el cual establece que se podrá conceder el derecho a la asistencia sanitaria gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante. En este caso, sería el VIH la condición de salud y además se trata de un procedimiento que guarda relación con las circunstancias de salud que motivan este reconocimiento excepcional.

También se establece un límite económico para el reconocimiento de este derecho, que consiste en que los ingresos de estas personas que lo solicitan no excedan del quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples.

En conclusión, la asistencia jurídica prestada por un abogado del Turno de Oficio no implica el reconocimiento de ser beneficiario de Asistencia Jurídica Gratuita, si únicamente es un abogado del Turno de Oficio, a este le deberá abonar los honorarios. Pero, por el contrario, si es un abogado del Turno de Oficio y el solicitante es beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita, el pago de los honorarios del letrado lo hará la Administración. Por ello consideramos importante mencionar esta diferencia.

En relación con esto, puede visitar el portal web de la Junta de Andalucía <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/sede/tramites/procedimientos/detalle/1156>

[1.html](#) donde establece el procedimiento de Justicia Gratuita y cómo presentar la solicitud de compensación económica por turno de oficio.

6. Conclusiones

En primer lugar, debemos comentarle que la denegación del servicio privado sin motivos justificados supone su encuadre en un caso de discriminación directa, el cual hemos explicado en el apartado primero de esta consulta. Aunque dispone de una serie de vías en las que no es obligatoria la intervención de abogado, si usted continuase el procedimiento por las vías judiciales en las que sí es obligatorio, le hemos mencionado como acceder a ello de forma gratuita si cumple una serie de requisitos.

En segundo lugar, consideramos que los actos realizados por la trabajadora del centro deportivo constituyen por un lado un delito de injurias, pero de tipo leve y por tanto no irían por la vía penal, y además un delito de amenazas que si puede considerar seguir por la vía penal.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad, le recordamos que desempeñamos un servicio gratuito y que estaremos encantados de ayudarle si le surgen otras consultas,

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)

-. Una técnica de la Fundación Antisida de Lleida, se pone en contacto con nosotros para solicitar orientación en el caso de un usuario el cual está enfrentando dificultades relacionadas con su estatus seropositivo durante su proceso de separación de su ex pareja. La expareja ha difamado públicamente su condición en redes sociales, y a pesar de haber presentado una denuncia ante los Mossos de Esquadra, recientemente ha vuelto a realizar publicaciones reveladoras. Desde la Fundación, siempre se ha aconsejado al usuario que denuncie todas estas acciones de su ex pareja. Con varias denuncias pendientes, agrupadas y a la espera de la fecha de juicio, se busca orientación sobre si hay alguna acción adicional que se pueda emprender desde la Fundación o si se pueden proporcionar indicaciones adicionales al abogado del usuario.

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...)²⁹

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

Artículo 17. Derecho de supresión (“el derecho al olvido”).

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

Artículo 18.1 que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

-. 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 7 en el que se establece las actuaciones que se considerarán ilegítimas.

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

Artículo 209 de las injurias graves hechas con publicidad.

Artículo 211 en el que se establece cuando se reputará hecha con publicidad la injuria.

-. España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de diciembre de 2018, núm. 294.

Artículo 15. Derecho de supresión.

Artículo 94. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

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

Artículos 259 a 269. De la denuncia.

Artículos 270 a 281. De la querrela.

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

Artículo 399 y ss. De la demanda y su contenido.

²⁹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³⁰

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

Ha sido utilizado el **fundamento jurídico quinto** en el que se establece lo siguiente: El derecho a la intimidad busca resguardar un ámbito privado frente a terceros, ya sean poderes públicos o particulares. Este derecho implica el control sobre la publicidad de la información personal y familiar, protegiendo el derecho al secreto y a no ser conocido sin consentimiento. Se subraya que este derecho tiene límites en otros derechos fundamentales, y que nadie debería tolerar pasivamente la divulgación no autorizada de su vida privada.

-. España. Tribunal Supremo (recurso de casación). Sentencia núm. 476/2018, de 20 de julio de 2018.

En el caso, se discuten derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen. La demandada emitió críticas sarcásticas en Twitter sobre el absentismo laboral del demandante en una empresa municipal, argumentando que era injustificado. La crítica no fue insultante y abordó un tema de interés general. En relación con la intimidad, la divulgación de información sobre la baja por enfermedad del demandante afecta su derecho a la intimidad, ya que la demandada era su superior en la empresa. Sin embargo, las fotos del demandante en eventos públicos, publicadas con su reconocimiento y consentimiento, no se consideran ilegítimas, ya que el consentimiento para la publicación en Internet implica la aceptación de su difusión en línea.

Ha sido utilizado el **fundamento jurídico quinto** en el que se establece lo siguiente: La información relativa a la salud física o psíquica de una persona está comprendida dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución, en la medida en que los datos que se refieren a la salud constituyen un elemento importante de su vida privada. No solo es una información íntima sino, además, especialmente sensible desde este punto de vista y, por tanto, es digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad. Así lo han declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³¹

³⁰ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

³¹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

que exponen a una persona viva al odio, desprecio, ridículo, o que la rechazan o evitan, o que tienden a causarle daño en su profesión, ocupación o entorno laboral.

Relacionándolo con su situación podríamos observar que el hecho de publicar su estado serológico en una red social podría considerarse difamatoria si la información compartida es falsa o si expone al usuario al odio, desprecio o ridiculidad. En este contexto, la difamación no solo afectaría la reputación personal, sino que también podría tener repercusiones en la vida laboral y social del individuo. Es crucial considerar la gravedad de compartir información que pueda perjudicar la imagen y el bienestar de una persona, recordando que difamar no solo implica falsedades, sino también la difusión de detalles privados que pueden dañar la percepción y la vida de alguien.

En el contexto de difamación y divulgación del estado serológico en las redes sociales, se invoca el artículo 18.1 de la Constitución Española, el cual salvaguarda el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen. El Tribunal Constitucional, a través de su sentencia STC 134/1999 FJ5, respalda este derecho al establecer que busca proteger al individuo de acciones que atenten contra su dignidad.

La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, detalla las intromisiones ilegítimas, incluyendo la divulgación de hechos que afecten la reputación de una persona.

En este contexto, la solicitud a Instagram para eliminar las publicaciones difamatorias se fundamenta en el derecho a la intimidad, siendo el estado serológico parte de la esfera privada. La divulgación de esta información sin consentimiento constituye una intromisión ilegítima, y la legislación española respalda la protección de estos derechos fundamentales. La solicitud busca resguardar su dignidad y su honor.

A continuación, le explicamos como debe denunciar una publicación o contenido inapropiado en Instagram.

1. Abra Instagram, busque a la persona que quiere denunciar y selecciónela.
2. Haga clic en los “tres puntitos” que están arriba a la derecha del nombre del usuario que quiera denunciar.
3. Seleccione “Denunciar”.
4. Elige el motivo para denunciar el perfil:
 - Una publicación concreta (le permite seleccionar una publicación)
 - Aparte de denunciar dicha publicación concreta le recomendamos que seleccione: “Denunciar como ilegal”.
5. Si denuncias a una persona por "Denunciar como ilegal", debes seleccionar de entre las 4 opciones la que más se adapte a su situación. En su caso la opción más correcta

sería “Solicitar eliminación de datos personales al amparo del RGPD”. Dentro de dicha categoría se encuentra la opción: “alguien está compartiendo información privada y confidencial”. También puede seleccionar la opción “Quiero solicitar la eliminación de contenido sobre mí en Instagram”. Al pinchar en esta última se le preguntará si se trata de información publicada por usted mismo o por otra persona, debe seleccionar que dicha información ha sido publicada por otra persona y finalmente deberá seleccionar si interpone la denuncia en nombre propio o por medio de abogado o representante.

Por último, en caso de hacerlo en nombre propio deberá introducir su país de residencia, nombre y apellidos y proporcionar su dirección de correo, también cuenta con la opción de añadir archivos multimedia. Le recomendamos que si es posible adjunte fotografías de las distintas publicaciones realizadas por su expareja en la que publica su estado serológico.

Este procedimiento se relaciona con el Artículo 15 de la Ley 3/2018, que aborda el Derecho de Supresión, se ejerce conforme al Artículo 17 del RGPD.

II. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)

Si lo anteriormente expuesto no surte resultado e Instagram no elimina las publicaciones puede acceder a la AEPD. Solo podrá acceder a la AEPD tras haberse dirigido a la entidad responsable del tratamiento de sus datos (Instagram) y tras haber transcurrido el plazo legalmente previsto para contestarle (un mes como regla general).

La Agencia Española de Protección de Datos se presenta como un recurso crucial para abordar la vulneración de la privacidad. La denuncia ante la AEPD se basa en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales. Se puede solicitar la cancelación de datos tratados inadecuada o ilícitamente, respaldándose en el principio de protección de la privacidad. Además, se invoca el derecho al olvido, permitiendo la supresión de datos personales en entornos online.

La denuncia ante la AEPD no solo busca sancionar la vulneración de la privacidad sino también garantizar la corrección de las prácticas indebidas por parte de Instagram. Puede documentar el caso mediante capturas de pantalla y pruebas adicionales, fortaleciendo su posición ante la Agencia y demostrando la necesidad de proteger sus derechos fundamentales.

Procedimiento:

1. Presentación de la denuncia: puede presentar una denuncia formal ante la AEPD, describiendo detalladamente su situación y adjuntando todas las pruebas disponibles, como capturas de pantalla y cualquier otro material que respalde su reclamación.

Cualquier persona que sea testigo de una infracción en el uso de datos personales, puede denunciar ante la AEPD, puesto que no es necesario ser afectado directamente por ello para poder denunciarlo.

Para que la denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos pueda prosperar, es necesario que esta contenga la siguiente información:

- Nombre y apellidos de la persona afectada o, en su caso, de la persona que presente la denuncia por vulneración de protección de datos.
- Dirección o medio por el que se quieren recibir las notificaciones respecto al estado de la denuncia.
- Descripción de los hechos, razones y petición.
- Lugar y fecha.
- Firma del denunciante.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.
- Identificación del infractor.

Además de esta información, que se consignará en el escrito de reclamación ante la AEPD, también se deben aportar todas las pruebas que acrediten la infracción que motiva la denuncia ante la agencia de protección de datos.

Le adjunto a continuación el enlace del modelo de denuncia ante la AEPD: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/formulario-derecho-de-supresion.pdf>

El siguiente paso para presentar la denuncia ante la Agencia de Protección de Datos es cumplimentar el formulario de denuncia en el que deberá incluir todo el contenido que ya especificamos más arriba (datos identificativos, descripción de los hechos, etc.).

Junto al formulario de denuncia se aportará:

- Fotocopia del DNI/NIE o documento equivalente.

Finalmente, con toda la documentación cumplimentada y las pruebas reunidas, enviaremos la solicitud de denuncia a la AEPD, para lo que disponemos de dos opciones:

- Presentar la denuncia online a través del registro electrónico habilitado en la página web de la AEPD, para lo que necesitará disponer de certificado digital. Solo tendrá que seguir los pasos que se le irán indicando para ello.
- De forma presencial acudiendo a la sede de la AEPD con toda la documentación, sita en la C/ Jorge Juan 6, 28001-Madrid.

2. Fundamentos legales: La denuncia se basa en la vulneración del derecho a la intimidad. Se invocan los principios establecidos en la Ley Orgánica 3/2018, que busca proteger los datos personales y garantizar los derechos digitales de los ciudadanos, en concreto los artículos 15 y 94 de la mencionada Ley Orgánica 3/2018 en los que se

establece el derecho de supresión (o de olvido), en aplicación del artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos

3. **Derecho al olvido:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hizo pública el 13 de mayo de 2014 una sentencia que establece, como ya venía aplicando la Agencia en sus resoluciones, que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea y que las personas tienen derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por su nombre. Podrá ejercitar este derecho ante la persona responsable solicitando la supresión de sus datos de carácter personal en caso de que sus datos personales hayan sido tratados ilícitamente, circunstancia que se da en su supuesto de hecho.

El RGPD, al regular este derecho, lo vincula de cierta manera con el denominado "derecho al olvido". De esta forma, el derecho de supresión se amplía de manera que la persona responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligada a comunicar a los demás responsables del tratamiento que están manipulando dichos datos personales, instándolos a eliminar cualquier enlace a ellos, así como las copias o réplicas correspondientes.

4. **Corrección de prácticas indebidas:** La denuncia no solo persigue sancionar la vulneración de la privacidad, sino también corregir las prácticas indebidas por parte de Instagram. Esto garantiza no solo la protección de sus derechos fundamentales, sino también la rectificación de la conducta perjudicial por parte de la plataforma.

Documentación y Pruebas:

Para que la denuncia por infracción de la Ley de Protección de Datos pueda prosperar, es imprescindible, como ya señalamos, que vaya acompañada de las pruebas que acreditan la comisión de dicha infracción.

Estas pruebas pueden ir en cualquier formato en que hayan sido capturadas, siempre que se pueda reproducir sin problemas, y deben demostrar de forma inequívoca la vulneración de la normativa de protección de datos.

III. LA VÍA PENAL

Dentro de los delitos contra el honor, las injurias graves constituyen un agravio a la dignidad de una persona, afectando su fama, honor y propia estimación. En el caso específico de la divulgación de su estado serológico, los artículos 209 y 211 del Código Penal (CP) establecen las bases legales para considerar estas injurias como delito. La utilización de una red social como Instagram agrava la gravedad del delito, ya que la

difamación alcanza un público más amplio, generando un daño mayor a la reputación de la víctima.

La vía penal mediante denuncia se presenta como una medida para sancionar penalmente al responsable de las injurias, buscando no solo la reparación del daño moral causado sino también el castigo correspondiente por las acciones ilícitas. Por lo que cuenta con la acción, ya ejercida en otras ocasiones, de interponer una denuncia para que se acumule al resto de cara al futuro procedimiento judicial. O también cuenta con la opción de interponer una querrela.

En España, los delitos de difamación y otros que atentan contra el honor, como la injuria, se clasifican como delitos semipúblicos. Esto implica que la acción penal puede ser iniciada tanto por la víctima como por las autoridades, y la participación activa de la víctima es crucial para el avance del caso. Dado que presentar una querrela le permite ser parte activa en el proceso, aumentando su participación en él, consideramos que podría ser una alternativa más efectiva que la denuncia.

La querrela penal, regulada en los artículos 270 a 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un acto mediante el cual se comunica al órgano judicial la existencia de unos hechos presuntamente delictivos, al tiempo que se expresa la voluntad de mostrarse parte en el proceso y ejercer las acciones derivadas del mismo.

Deberá presentarse por escrito ante el Juzgado de Instrucción competente y en ella se deberá indicar: el Juez o Tribunal ante el que se presenta; el nombre, apellidos y vecindad del querellante; el nombre, apellidos y vecindad del querellado, o las señas que mejor pudieran darle a conocer; la relación circunstanciada y fechada del presunto hecho delictivo; las diligencias a practicar para la comprobación de los hechos; la petición de la parte; y las firmas.

Asimismo, será preciso aportar los documentos en base a los cuáles se funda la querrela, o al menos indicar dónde se pueden encontrar, y la certificación que acredite la celebración o el intento del acto de conciliación previa entre querellante y querellado cuando el delito sea de injurias y calumnias. Finalmente, el querellante deberá prestar una fianza de la clase y cuantía fijada por el Juez o Tribunal.

A diferencia de la denuncia, el querellante pasa a formar parte del proceso penal, mientras que el denunciante se limita a hacer una declaración de conocimiento. La querrela es un derecho que corresponde a quien resulta ofendido por un delito o goza de legitimación para perseguirlo. Podemos presentar una denuncia ante la Policía y sin abogado; la querrela debe presentarse ante el Juzgado competente territorialmente para conocer el asunto y exige, por lo tanto, acudir con Abogado y Procurador. La querrela puede requerir la prestación de una fianza.

IV. LA VÍA CIVIL

Además de las acciones penales, puede emprender una demanda civil, regulada en los arts. 399 y ss. LEC, para reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su artículo 7 estipula que 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, permitiendo que las víctimas de difamación obtengan reparación económica por los perjuicios causados.

Esta vía civil no solo apunta a la sanción del infractor sino también a la compensación económica por los daños sufridos. La documentación detallada del caso, incluyendo el impacto emocional y social, fortalecerá su posición ante el tribunal civil.

Para comenzar, uno de los requisitos principales para interponer una demanda civil es que, para llevarla a cabo, debe dirigirse a un juez o tribunal.

Debe saber que si la cuantía estimada no excede de 2.000 euros no requerirá la presencia de abogado y procurador para la presentación de la demanda, en caso contrario será necesaria su presencia.

El modelo de demanda civil incluye los siguientes puntos:

Información del tribunal al que se dirige: el documento debe incluir los datos del tribunal al cual usted se dirige para presentar la demanda: domicilio exacto y localidad. Datos del demandante: en este párrafo debe incluir su nombre, su domicilio y su profesión. También deben incluirse los datos del abogado que vaya a representarle en el juicio.

Datos del demandado: del mismo modo que especifica sus datos, deberá incluir el nombre, el domicilio y la profesión del demandado. También es conveniente que se detallen los datos de su abogado, en caso de poder obtenerlos.

Exposición de los hechos: es muy importante que exponga los hechos de forma muy clara, así como los derechos que han sido vulnerados. Si existen pruebas de lo ocurrido, no dude en adjuntarlas en la demanda, ya que estas facilitarán el proceso.

Conclusión de las peticiones: en el último punto debe incluir, de manera muy precisa, qué requiere. En otras palabras, se trata de sus pretensiones. Junto a ellas debe reflejarse qué leyes las avalan. Es fundamental que este punto quede muy claro, ya que cuando se produzca el fallo, el juez se limitará a aquello que haya solicitado en la demanda. Cualquier petición no incluida en el documento quedará fuera de toda valoración futura.

Desde la Clínica Legal esperamos que esta información le haya sido de ayuda. Si tiene cualquier otra duda al respecto contacte de nuevo con nosotros.

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

-. Una trabajadora social de ASIMAS acude a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá planteando el caso de un hombre con lipoatrofia al que deniegan la cirugía plástica en un hospital público, alegando no estar cubierta por el Sistema Nacional de Salud. Desea conocer cómo proceder en este caso.

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

-. Estimada usuaria,

Respecto a su consulta nos han surgido las siguientes cuestiones: ¿sabría indicarnos la nacionalidad del afectado? Si fuera extranjero, ¿se encuentra residiendo de forma regular en España? Resulta relevante saberlo, ya que la ausencia de autorización de residencia podría afectar a su derecho a la protección de la salud.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)³³

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

Artículo 43. Derecho a la protección de la salud.

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

Artículo 3. Requisitos para la obtención de la asistencia jurídica gratuita.

Artículo 5. Asistencia jurídica gratuita por condición de salud.

-. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 14 de julio de 1988, núm. 167.

Artículo 25 y siguientes. Objeto del recurso contencioso-administrativo.

Artículo 46. Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo.

³³ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

-. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 29 de mayo de 2003, núm. 128.

Artículo 7. Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Artículos 8 y siguientes. Cartera común de servicios.

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

Artículos 121 y 122. Recurso de alzada.

Artículos 123 y 124. Recurso potestativo de reposición.

-. Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz. Publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, el 9 de diciembre de 1983, núm. 100, y en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de enero de 1984, núm. 20.

Artículos 16 y siguientes. Tramitación de las quejas.

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

Anexo III. Atención especializada.

Anexo VI. Prestación ortoprotésica.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³⁴

-. España. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2007 (RJ 4330/2006).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³⁵

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

-. RAMIRO AVILÉS, M.A., “El acceso a la corrección de la lipoatrofia facial” en *VIH y accesibilidad en tiempos de crisis*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013.

³⁴ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

³⁵ Se explicará su utilidad para la respuesta.

Respuesta fundamentada³⁶

Estimada usuaria,

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 ha sido formulada en distintos apartados. En el primero, examinaremos el contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y la cobertura del tratamiento quirúrgico de corrección de la lipoatrofia, mientras que en el segundo desarrollamos las distintas vías existentes para exigir la prestación denegada. Junto a esta respuesta a su consulta, hemos adjuntado un escrito de queja que podrá presentar ante los Servicios de Atención al Paciente, como explicaremos más adelante.

ÍNDICE

1. Prestaciones garantizadas por el Sistema Nacional de Salud
2. Vías de reclamación

1. Prestaciones garantizadas por el Sistema Nacional de Salud

En primer lugar, debemos mencionar el artículo 43 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la protección de la salud y lo configura con una doble vertiente: por una parte, implica que ningún tercero puede dañar nuestra salud y, por otra, que los poderes públicos deben garantizar su protección. Asimismo, dicho artículo también señala que la ley establecerá los derechos y deberes de todos los ciudadanos respecto a las prestaciones y servicios del sistema sanitario público.

Consecuentemente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud ha sido la encargada de desarrollar tales prestaciones y servicios. En concreto, su artículo 7 determina que son prestaciones del Sistema Nacional de Salud (SNS, en adelante) “*los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos*” y que el catálogo de prestaciones “*comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario*”.

Ahora bien, las citadas prestaciones vienen recogidas en la cartera común de servicios del SNS que, a su vez, se divide en cuatro categorías:

³⁶ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

- La cartera común básica de servicios asistenciales, que reúne las actividades de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en los centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, todo ello con cargo a los fondos públicos.
- La cartera común suplementaria, que incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos, estando sujetas a aportación del usuario.
- La cartera común de servicios accesorios, que comprende todas las actividades, servicios o técnicas que no se consideran esenciales o que son de apoyo para la mejora de una enfermedad de carácter crónico, estando sujetas a aportación y, en su caso, reembolso por parte del usuario.
- La cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, de forma que la ley permite a estas ampliar el catálogo de prestaciones de la cartera común, cuyo contenido deberá ser respetado, en todo caso.

Por otro lado, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, indica el contenido concreto de las prestaciones del SNS. En lo referente a la cirugía plástica por lipoatrofia, debemos mencionar que el Anexo III de dicho Real Decreto, regulador de la atención médica especializada, establece en su quinto apartado que *“Se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo”*.

No obstante, también determina que forman parte de la cartera común de prestaciones del SNS las técnicas y procedimientos necesarios para el diagnóstico y tratamiento médico y quirúrgico de las enfermedades infecciosas, incluyendo la infección del VIH y haciendo mención expresa al tratamiento quirúrgico de la lipoatrofia facial asociada al VIH, al señalar que podrá ser *“realizado con grasa autóloga, si bien las administraciones sanitarias competentes podrán autorizar excepcionalmente la realización de este tratamiento mediante materiales sintéticos en pacientes, como los hemofílicos, en los que, previa justificación clínica, no pueda utilizarse la grasa”*.

Asimismo, teniendo en cuenta que el implante quirúrgico se define como *“Producto sanitario diseñado para ser implantado total o parcialmente en el cuerpo humano mediante intervención quirúrgica y destinado a permanecer allí después de dicha intervención”*, la cirugía plástica por lipoatrofia también podría incluirse en la prestación ortoprotésica, dado que el Anexo VI en su apartado 6 recoge como prestación de la cartera común los *“implantes reparadores”* (RP) y, más concretamente, el *“implante facial”* (RP 2 0), siempre que guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita.

Por consiguiente, debemos concluir que el procedimiento quirúrgico para la corrección de la lipoatrofia sí se incluye en las prestaciones cubiertas por el SNS, ya que la misma

está relacionada con el uso de fármacos para el tratamiento contra el VIH/SIDA y, por ello, la realización de la cirugía en personas con VIH no tiene una finalidad estética, sino más bien reparadora de los daños causados por el tratamiento antirretroviral. Además, el citado Real Decreto 1030/2006 recoge de forma expresa, como hemos visto anteriormente, el tratamiento quirúrgico de la lipoatrofia facial asociada al VIH como una prestación de la cartera común del SNS, de forma que ninguna Comunidad Autónoma puede denegar el acceso a dicho tratamiento.

No obstante, cabe destacar que el procedimiento quirúrgico que cubre la sanidad pública es el de la lipoatrofia facial, como hemos señalado anteriormente, por lo que la corrección de las demás manifestaciones de la lipodistrofia (como la lipoatrofia glútea, de extremidades o la lipohipertrofia) no estarían incluidas expresamente en la cartera de servicios del SNS.

De este modo, la negativa del Hospital Civil de Málaga de realizar la cirugía plástica de corrección de la lipoatrofia resulta injustificada, irrazonable y arbitraria, yendo en contra de la normativa sanitaria, por lo que el afectado podrá reclamar el acceso a la prestación mediante las vías que desarrollamos a continuación.

2. Vías de reclamación

- A. Queja ante el Servicio de Atención al Paciente del hospital. La primera opción es la de formular una queja al hospital exponiendo los hechos acontecidos, evidenciando la denegación del acceso a la cirugía reparadora que, de conformidad con la Ley, ha de ser cubierta por el SNS.

La queja podrá presentarse presencialmente en los Servicios de Atención al Paciente del hospital en cuestión o bien al correo electrónico que le facilitamos:

opinaregionalma.hrmal.sspa@juntadeandalucia.es

Al redactarla, el usuario deberá poner su nombre, apellidos, número de tarjeta sanitaria, teléfono, correo personal y domicilio a efectos de notificación y el hospital al que se dirige la queja, en su caso, al hospital Civil de Málaga sito en Pza. Hospital Civil, 29009, Málaga. Tras mencionar los hechos o razones del contacto, terminará con el lugar, fecha y firma del escrito. Todas las quejas que se realicen al servicio del centro sanitario deberán ser tramitadas y no podrán quedar sin respuesta. La contestación deberá notificarse a la persona interesada **en un plazo no superior a un mes** desde que dicha queja tuvo entrada en el registro del Servicio de Atención al Paciente. Le facilitamos en el otro documento adjunto un escrito de reclamación orientativo que puede presentar en el Servicio de Atención al Paciente.

Ahora bien, una vez presentada la queja caben dos posibilidades: 1) Respuesta favorable, acorde a las peticiones que constan en la queja, en cuyo caso no tendrá que interponer ninguna reclamación; 2) Respuesta desfavorable o no conforme a lo requerido en la queja. En este último supuesto, usted podrá presentar el recurso que explicamos en el siguiente subapartado.

- B. Recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico. Se trata de un recurso administrativo en virtud del cual se recurre la resolución dictada por un órgano de la Administración a su superior jerárquico, para que este la revise y se pronuncie sobre su procedencia. Así, el recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

En el presente caso, si el Servicio de Atención al Paciente le denegara su petición, frente a esta denegación podrá interponer un recurso de alzada ante **Director Médico del Hospital Regional de Málaga** (Víctor Manuel Navas López), dado que el Hospital Civil depende del mismo y el competente para la resolución del recurso es el encargado de la Dirección Médica, siendo este órgano el superior del Servicio de Atención al Paciente.

El plazo para interponer el recurso es de un mes desde la notificación de la respuesta de la queja y el plazo para su resolución por la Administración es de 3 meses desde su interposición. En el supuesto de que transcurra dicho plazo sin que se le notifique una resolución expresa o bien se resuelva el recurso de forma desfavorable, podrá acudir directamente a la vía judicial, en los términos que exponemos a continuación.

- C. Recurso contencioso-administrativo. En última instancia, podrá acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa mediante la presentación y desestimación del recurso de alzada. Podrá fundar su recurso en la limitación de su derecho a la protección de la salud causada por la denegación de una prestación sanitaria a la que tiene derecho, según la normativa sanitaria expuesta en el apartado anterior de la presente consulta, y confirmada por la Administración en vía administrativa. De este modo, podrá reclamar el reconocimiento de su derecho a la realización de la cirugía reparadora de la lipoatrofia e, incluso, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de la prestación.

El plazo para interponer este recurso es de dos meses desde el día siguiente al de la notificación de la resolución desestimatoria del recurso de alzada. No obstante, en el caso de silencio administrativo negativo (esto es, como hemos dicho anteriormente, en el supuesto de finalización del plazo de resolución sin que exista una resolución expresa de la Administración), no existe plazo de interposición.

El recurso será resuelto por el juez competente en la materia mediante sentencia y, al tratarse de la vía judicial, será necesario que vaya acompañado de abogado y procurador, debiendo pagar sus honorarios, salvo que solicite y le concedan la asistencia jurídica gratuita.

La Asistencia Jurídica Gratuita se reconoce en el artículo 119 de la Constitución española y es un derecho en virtud del cual se otorga, a quienes acrediten carecer de recursos económicos suficientes, una serie de prestaciones consistentes principalmente en eximir del pago de los honorarios de abogado y

procurador. Este artículo se desarrolla en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

Debemos advertirle que si solicita Asistencia Jurídica Gratuita será el Colegio de Abogados quien le designe un abogado.

Según recoge el artículo 3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, se 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 (actualmente: 14.400 euros anuales).
- 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 (actualmente: 18.000 euros anuales).
- 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 (actualmente: 21.600 euros anuales).

Es muy importante también hacer referencia al artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que reconoce de manera excepcional el derecho a la asistencia jurídica gratuita, puesto que este artículo dispone que: “*se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita **atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante** y a las personas con discapacidad [...], así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional*”. En virtud de este artículo, el afectado por la denegación de la prestación podría alegar sus circunstancias de salud para tener más probabilidades de obtener asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando sus ingresos no excedan del quíntuplo del IPREM (actualmente: 36.000 euros anuales) y teniendo en cuenta, además, la carencia de rentas suficientes.

Toda esta información la podrá tener con más detalle y adaptada a su situación en el llamado Servicio de Orientación Jurídica (en adelante, SOJ) del correspondiente Colegio de Abogados de su provincia al que le recomendamos que acuda en todo caso si tiene intención de llevar este asunto por la vía judicial. Este servicio es un servicio público y gratuito dirigido a todos los ciudadanos que precisen información relativa a la defensa de sus derechos e intereses, la

tramitación de sus reclamaciones judiciales y la obtención de asistencia jurídica gratuita. En definitiva, se trata de un servicio prestado por los Colegios de Abogados, por el que los abogados del turno de oficio ofrecen asesoramiento a las personas con menos recursos.

Le dejamos a continuación el enlace donde puede consultar los datos de contacto de los distintos SOJ de Andalucía:

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Directorio_SOJ_abril_2018.pdf

- D. Queja ante el Defensor del Pueblo. También podrá presentar una queja o consulta ante el Defensor del Pueblo andaluz y podrá hacerlo tanto presencialmente, acudiendo a su oficina en Sevilla (Calle Reyes Católicos, 21), como de forma telemática a través del siguiente enlace:

<https://defensordelpuebloandaluz.es/el-defensor-a-un-clic-formulario>

Asimismo, se facilitan otras vías de comunicación en el siguiente enlace:

<https://defensordelpuebloandaluz.es/el-defensor-a-un-clic-comunicate>

Según el artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, *“Toda queja se presentará firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma”*.

Las quejas podrán ser tramitadas o rechazadas de forma motivada, no entrando a examinar aquellas cuestiones que ya sean objeto de un proceso judicial. Tras la admisión de la queja, el Defensor del Pueblo iniciará una investigación para el esclarecimiento de la denegación de la prestación y requerirá un informe de la dirección del Hospital sobre los hechos planteados.

Por último, conviene comentarle la posibilidad de que, por la denegación de la prestación acuda y realice la cirugía plástica reparadora en un centro sanitario privado, exigiendo posterior y judicialmente que la Administración pública le reembolse el valor abonado por la vía social. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2007 (RJ 4330/2006) admite esta alternativa al desestimar el recurso interpuesto por el Instituto Madrileño de Salud contra una sentencia que le condenaba a abonar los gastos de un paciente derivados del tratamiento quirúrgico de corrección de la lipoatrofía facial en un centro sanitario privado. Concretamente, el Tribunal señala que la denegación de abonar parte del coste de la cirugía *“no es cuestionable en cuanto el actor acudió a la medicina pública y esta accedió a su petición sanitaria (hecho probado 2º) sin cuestionar su derecho, si bien luego no solo no lo satisfizo tempestivamente, sino que, pasados casi dos años de la solicitud, se le denegó (hecho probado 8º). Carece de justificación la actuación del demandado que convierte en ilusoria, de facto, la prestación sanitaria que garantiza la ley a todos los beneficiarios de la seguridad social”*.

Ahora bien, también debemos advertirle que se trata de una vía lenta, compleja y costosa, puesto que usted tendrá que abonar, en un primer momento, tanto los gastos del tratamiento quirúrgico como los gastos judiciales derivados del proceso de reclamación de reembolso.

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)

-. La consulta la realiza una persona con un grado de discapacidad reconocido de 33% por VIH. A la hora de acceder a su empleo, aportó el certificado de discapacidad del que disponía, en el cual se acreditaba que contaba con dicho grado reconocido, pero no establecía el motivo.

Al comenzar a trabajar se le informó sobre la posibilidad de someterse a un reconocimiento médico voluntario, posibilidad que rechazó al no estar obligado a ello, firmando la correspondiente hoja de renuncia.

Tras sufrir un mareo durante su jornada, su jefe le exigió que le comunicara el motivo de su discapacidad, a lo que el trabajador se niega porque no quiere revelar su estado serológico.

Ante esta situación nos pregunta si realmente está obligado a ello y cuáles son las consecuencias que puede tener no dar esa información en el empleo, si puede ser despedida.

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...)

-. Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 12 (sobre el derecho a la vida privada y familiar).

-. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 7 (sobre el respeto a la vida privada y familiar). Artículo 8 (sobre el derecho a la protección de datos).

-. Constitución española. Artículo 14 (sobre el derecho a la no discriminación). Artículo 18.1 (sobre el derecho a la intimidad personal).

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

- **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 21 (sobre la intervención de abogado en los procedimientos sociales). Artículo 65 (sobre la suspensión del plazo de caducidad por la presentación de la papeleta de conciliación). Artículo 103 y siguientes (sobre el procedimiento por despido). Artículo 114 y siguientes (sobre el procedimiento de impugnación de sanciones). Artículo 183 (sobre la indemnización por daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales).**

- **Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Artículo 2.2 (sobre la prohibición de discriminación por enfermedad). Artículo 26 (sobre la nulidad de las causas discriminatorias).**

- **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 nulidad de las cláusulas y actos discriminatorios). Artículo 55.5 (sobre el despido nulo).**

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

- 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, Sala primera, 202/1999 de 16 de diciembre (FJ 2). Sobre la definición del derecho a la intimidad.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala primera, 196/2004 de 15 de noviembre. Fundamento Jurídico 6. Sobre las excepciones a la voluntariedad de los reconocimientos médicos laborales y sobre la necesidad de informar sobre las pruebas practicadas.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2007 de 12 de febrero. FJ 5. Sobre la nulidad del despido en el periodo de prueba.

- 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 Constitucional 70/2009 de 23 de marzo, fundamento jurídico 2. Sobre la inclusión de los datos médicos en el derecho fundamental a la intimidad.

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

- Organización Internacional del Trabajo (OIT) R200 - Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200). Sobre la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el empleo.

-.

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

-.

-.

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, en primer lugar, a observar si usted se encuentra obligado a informar a la empresa del motivo de su discapacidad o si es suficiente con que conozcan el grado que tiene reconocido. En segundo lugar, atenderemos a si el reconocimiento era en efecto voluntario o si usted tenía la obligación de someterse a él. Por último, atenderemos a las posibles consecuencias que puede tener que se niegue a informar por qué tiene una discapacidad y a las vías que tiene para reclamar sus derechos.

El artículo 18 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a la intimidad personal y familiar. Este es un derecho consagrado no solo en nuestro país, sino también en el panorama internacional: tanto el artículo 7 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, como el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En concreto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 202/1999 definió el derecho fundamental a la intimidad personal como *la existencia de un ámbito, un espacio propio y reservado frente a la acción o intromisión de los demás*.

El estado de salud de la persona constituye una información privada y altamente sensible, por lo que se incluye dentro del derecho fundamental a la intimidad personal, tal y como confirmó la Sentencia 70/2009 del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, como ocurre con la mayoría de los derechos, no es absoluto, sino que puede ceder ante razones justificadas previstas por la ley. Hay casos muy concretos en los que una persona con VIH sí debe comunicar su estado serológico, porque existe una razón que lo justifica. Se limita a los supuestos de personal sanitario cuando lleva a cabo procedimientos invasivos. No obstante, fuera de dichos casos tan concretos, no se puede argumentar que el derecho a la intimidad tenga que ceder.

El documento que establece los motivos por los que le reconocieron el grado de discapacidad (el llamado Dictamen Técnico Facultativo) incluye información sobre su estado serológico y sobre su estado de salud; es decir, contiene información privada protegida por el derecho fundamental a la intimidad personal. Usted únicamente estaría obligado a informar de ello si fuera necesario para proteger otro interés legítimo (por ejemplo, para evitar que se produzca la transmisión del virus). Además, debería ser idóneo para ello, es decir, que mediante la comunicación se pudiera conseguir la finalidad pretendida. Por último, tendría que ser una medida proporcional en sentido estricto, esto es, que conllevara más beneficios para el objetivo perseguido que perjuicios para el derecho afectado. Este es el llamado “juicio de proporcionalidad” que emplea el Tribunal Constitucional para determinar si una medida vulnera derechos fundamentales o no.

En su caso, entendemos que no existe un motivo suficiente para que tenga que comunicar cuál es la enfermedad o condición por la que tiene reconocida una discapacidad. Como hemos visto, con toda la información que se tiene acerca de las vías de transmisión del VIH y con los tratamientos existentes para controlar el virus, solo se exige en casos muy concretos que se informe en el trabajo sobre el estado serológico. Incluso en estos casos, se sigue un procedimiento determinado para preservar la intimidad del trabajador, no es suficiente con que el jefe pregunte sobre el estado de salud. Por tanto, su jefe no puede obligarle a entregarle el Dictamen Técnico Facultativo completo ni a informarle sobre el estado de salud que motivó el reconocimiento de su discapacidad porque es una información privada protegida por un derecho fundamental amparado por la Constitución y porque no existe ninguna causa por la que esta protección pueda ceder.

Su jefe va a intentar argumentar que debe conocer su estado de salud para valorar si puede llevar a cabo su puesto de trabajo. Si realmente lo que quiere es conocer si su discapacidad le impide realizar las tareas propias de su puesto de trabajo, puede usted entregarle el llamado Dictamen Técnico Normalizado o “Certificado de capacidades”.

El problema es que no en todas las Comunidades Autónomas se expide este documento. No obstante, la entrega de dicho documento no es necesaria. Usted ya se encuentra trabajando, por lo que sus jefes ya pueden observar si puede desempeñar el puesto o no. Actualmente las personas con VIH pueden llevar a cabo todo tipo de trabajos o tareas, por lo que su estado serológico en ningún caso va a suponer que se reduzca su capacidad para desempeñar su puesto de trabajo. Es por ello por lo que la Organización Internacional del Trabajo en su Recomendación sobre el VIH y el SIDA de 2010, establece que no debería haber ningún tipo de discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo y los solicitantes de empleo, por su estado serológico.

En conclusión, usted no se encuentra obligado a informar en su empleo sobre su estado de salud, pues esta es una información privada protegida por el derecho fundamental a la intimidad personal recogido en el artículo 18.1 de la Constitución y no hay ningún motivo que provoque que ceda.

En cuanto al reconocimiento médico que le ofrecieron al empezar a trabajar con la empresa, debemos observar si, como le dijeron, era voluntario o si, por el contrario, era obligatorio.

El artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que los reconocimientos médicos en el ámbito laboral serán, en general, voluntarios; es decir, para llevarlos a cabo es necesario el consentimiento del trabajador y su negativa no puede conllevar ningún tipo de consecuencia. No obstante, el mismo artículo establece una serie de excepciones a dicha voluntariedad:

- Los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores
- Los supuestos en los que el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas. Pese a ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 entendió que la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del trabajador, pues él es libre de vigilar su salud o no.
- Los casos en los que una ley determine que son obligatorios.

Por tanto, el reconocimiento médico al que usted se podía haber sometido es, en principio voluntario, tal y como le dijeron. Únicamente podían haberle obligado si se hubieran producido alguna de las circunstancias anteriores. No conocemos qué puesto desempeña, pero los trabajos en los que es obligatorio son aquellos en los que se exige un determinado estado físico o de salud para poder llevarlos a cabo correctamente, como los bomberos, o para evitar la transmisión de enfermedades a otras personas, como los enfermeros que llevan a cabo procedimientos invasivos. Entendemos que usted no se encuentra en ese tipo de empleos. Es por ello por lo que la empresa le comunicó que no tenía obligación de someterse a él y firmó la renuncia.

En consecuencia, al no tener obligación ni de informar del motivo de su discapacidad ni de someterse a los reconocimientos médicos, su comportamiento no debería tener ningún tipo de repercusión ni consecuencia. Aún así, si recibe algún tipo de sanción por su comportamiento o incluso si es despedido, debemos observar las consecuencias jurídicas que puede conllevar y cómo actuar ante estas situaciones.

En caso de recibir algún tipo de sanción o ser despedido por negarse a informar sobre su estado de salud, usted estaría siendo tratado de una forma diferente por tener VIH, es decir, usted estaría sufriendo una discriminación prohibida por el 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. En este sentido, el artículo 2.2 de la Ley 15/2022 ha especificado que nadie podrá ser discriminado por su enfermedad o condición de salud o estado serológico.

Pero ¿qué consecuencias tiene que una decisión empresarial suponga una vulneración de derechos fundamentales, en concreto una discriminación? El artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores establece que serán nulas todas las decisiones unilaterales de los empresarios que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta. Asimismo, el artículo 26 de la ley 15/2022 establece nuevamente la nulidad de estos actos.

De esta manera, si a usted le impusieran una **sanción**, podría impugnarla por el procedimiento especial de impugnación de sanciones de los artículos. Para ello, en primer lugar y como trámite previo a la demanda, usted debería presentar una papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación y Conciliación de su Comunidad Autónoma. Mediante ella solicitará las mismas pretensiones que en la demanda, las cuales veremos a continuación. Una vez presentada, el Servicio de Mediación convocará a las dos partes (empresa y trabajador/a) a una reunión para que intenten llegar a un acuerdo.

Si se ha celebrado el intento de conciliación entre trabajador y empresa y no ha habido acuerdo, se deberá acudir a la vía judicial. Para ello, es necesario presentar una demanda ante la jurisdicción social en un plazo de veinte días hábiles (excluyendo sábados, domingos y festivos) desde la comunicación de la sanción.

La presentación de la papeleta de conciliación anterior suspende el plazo de caducidad de veinte días para interponer la demanda. Este plazo se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días hábiles desde que se presentó la papeleta (art. 65 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Al ser un plazo de caducidad, se reanuda en el punto en el que se suspendió. Por ejemplo, si habían transcurrido diez días hábiles desde la comunicación del despido hasta la presentación de la papeleta, cuando se reanuda, quedarán los restantes diez días para presentar la demanda.

En la demanda usted alegaría la nulidad de la sanción, solicitando que su situación volviese al momento anterior a interponerle la sanción y solicitaría, asimismo, una indemnización de daños y perjuicios por haber sufrido una vulneración de derechos

fundamentales, tal y como afirma el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por ejemplo, si la sanción consistiese en una suspensión de empleo y sueldo y se declarara nula, el empresario estaría obligado a abonarle el salario de ese periodo.

Si en vez de una sanción, la empresa le **despide** por no informarle sobre el motivo de su discapacidad, se seguiría otro procedimiento distinto, pero con muchas similitudes. En concreto, se seguiría el procedimiento de despido, regulado en los artículos 103 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En él usted igualmente tendría que presentar la papeleta de conciliación previa y, si no se llegase a un acuerdo con la empresa, interponer una demanda ante los juzgados de lo social con los mismos plazos que con las sanciones.

Sin embargo, en caso de que le despidiesen en vez de sancionarle, existirían unas consecuencias y, por lo tanto, unas alegaciones diferentes. Si el juez considera que un despido se ha producido con vulneración de derechos fundamentales, lo declarará 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, así como en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir.

Asimismo, de igual manera que ocurría en el procedimiento por sanciones, usted puede solicitar una indemnización por daños y perjuicios por haber sufrido una vulneración de sus derechos fundamentales. Por tanto, si después de reclamar de la forma que le hemos explicado el juez le da la razón y considera que la empresa le despidió vulnerando sus derechos, obligará a la empresa a que usted se reincorpore a su puesto, que le pague los salarios dejados de percibir desde el momento en el que le despidió hasta el momento de la sentencia y, por último, que le abone una indemnización por daños y perjuicios.

En su consulta nos hacía entender que usted lleva poco tiempo trabajando en la empresa, por lo que es posible que todavía se encuentre en el periodo de prueba. Como quizás sepa, el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores establece que, mientras dure, 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.

Por tanto, puede parecer que durante el periodo de prueba el empresario tiene plena libertad para despedir. No obstante, 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, aunque usted se encontrara todavía en el periodo de prueba, usted podría reclamar la nulidad del

despido de la misma forma que si no lo estuviera, esto es, de la forma en la que le hemos detallado.

En los diferentes procedimientos ante los Juzgados de lo social y ante los Servicios de Mediación, 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. Pese a ello, aun no sienta obligatoria, sí que es completamente recomendable contar con el asesoramiento y representación de un abogado o abogada.

Además de presentar demanda ante la jurisdicción social como le hemos comentado, usted podría presentar una denuncia a la Inspección de Trabajo alegando que la empresa se ha comportado de una manera discriminatoria, de tal forma que investigasen su situación e impusiera una sanción económica a la empresa. Para más información puede consultar el siguiente enlace:

https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/como_denunciar_itss.html

En conclusión, usted no se encuentra obligada a comunicar en su puesto de trabajo los motivos por los que le fue concedido el grado de discapacidad, pues es una información privada protegida por el derecho fundamental a la intimidad personal. En el mismo sentido, no tenía la obligación de someterse a ningún reconocimiento médico, por lo que tampoco debería tener ninguna consecuencia negativa haberse negado a someterse a él. Por tanto, cualquier sanción o incluso despido por estas causas vulneraría su derecho fundamental a la no discriminación y, tras la reclamación por las vías oportunas, sería declarado nulo o nula.

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 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 trabajadora social pregunta a la Clínica Legal sobre cómo denunciar una posible vulneración de derechos a un usuario que fue detenido un domingo y liberado un martes. Esta situación se produjo porque la trabajadora social intentó llevarle la medicación antirretroviral y la policía le dijo que no era necesario dado que ellos podían proporcionársela. Sin embargo, el usuario estuvo tres días sin su medicación. Además, según nos comenta, también se le negó el derecho a realizar una llamada, a pesar de los

intentos de la trabajadora social de proporcionar su número. Ante esta situación, nos pregunta sobre las acciones legales que pueden iniciar.

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

-. Buenas tardes, desde el equipo de la Clínica Legal, queremos agradecerle por su confianza en nosotros. Con el objetivo de proporcionarle información precisa, sería de gran ayuda si pudiéramos contar con su respuesta a la siguiente pregunta: ¿Recibió asistencia legal de algún abogado o abogada del Turno de Oficio durante el período en el que estuvo detenido?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)³⁷

-. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 25. El cual estipula el derecho a la Salud y a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

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

Artículo 43.1. Derecho a la protección de la salud.

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

-. España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 2 de octubre de 2015, núm. 236. (Cita en el texto: LPACAP)

Artículo 62. Inicio del procedimiento por denuncia.

Artículo 66. Solicitudes de iniciación.

³⁷ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

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

Artículo 25 y ss. Principios de la potestad sancionadora.

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

Artículo 520.2 f) que estipula el derecho del detenido a comunicarse telefónicamente sin demora justificada.

Artículo 520.2 i) el cual establece el derecho del detenido a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal.

-. España. Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. (BOE núm. 211, de 3 de septiembre, corrección de errores en BOE núm. 227, de 22 de septiembre).

CAPÍTULO IV. Programa de quejas y sugerencias.

Artículo 14. Definición.

Artículo 15. Presentación y tramitación de las quejas y sugerencias.

Artículo 16. Contestación.

-. España. Orden INT/949/2007, de 30 de marzo, por la que se aprueba el formulario de quejas y sugerencias del Ministerio del Interior (BOE núm. 88, de 12 de abril).

Anexo II, el cual establece la codificación de la queja o sugerencia.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³⁸

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³⁹

³⁸ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

³⁹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

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

Respuesta fundamentada⁴⁰

Estimado usuario.

En primer lugar, nos gustaría agradecerle su confianza en la Clínica Legal y el por brindarnos la oportunidad de aprender a través del estudio de un caso real, lo cual nos permite progresar en nuestra formación como estudiantes de Derecho y a convertirnos en mejores profesionales.

Con el fin de explicarle su situación de la manera más clara posible hemos considerado conveniente seguir el siguiente índice.

ÍNDICE

1. DERECHO A LA ATENCIÓN SANITARIA DEL DETENIDO

- 1.1. Médicos asistenciales de centros públicos
- 1.2. Conclusión

2. DERECHO A COMUNICARSE TELEFÓNICAMENTE

3. VIAS DE RECLAMACIÓN

- 3.1. La queja
- 3.2. La denuncia
- 3.3. Conclusión

1. DERECHO A LA ATENCIÓN SANITARIA DEL DETENIDO

El derecho a la atención sanitaria de un detenido es un aspecto fundamental en el ámbito legal que garantiza el respeto de los derechos humanos de las personas bajo custodia de las autoridades. Este derecho se encuentra respaldado por una serie de disposiciones legales y reglamentarias, que establecen las obligaciones y responsabilidades de las

⁴⁰ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

autoridades encargadas de la detención y de los profesionales de la salud involucrados en la atención médica de los detenidos.

En este contexto, el artículo 520.2 i) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) cobra una especial relevancia. Este artículo establece que “toda persona detenida o presa será informada por escrito y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas”.

Esta disposición legal subraya la importancia de garantizar el acceso a la atención médica de calidad para las personas detenidas, reconociendo que la detención no debe ser motivo para negarles una atención sanitaria adecuada. A lo largo de esta discusión, exploraremos cómo esta legislación se traduce en la práctica y cómo se deben seguir los procedimientos para asegurar que los detenidos reciban el cuidado médico necesario en consonancia con los principios fundamentales de respeto a la dignidad humana y el derecho a la salud.

1.1. Médicos asistenciales de centros públicos

El reconocimiento y la asistencia médica de las personas detenidas, si se realiza antes de la puesta a disposición judicial (por exigencias de nuestra legislación, no más allá de las 72 horas después de la detención), es encomendada habitualmente a médicos de los centros de Atención Primaria y de los Servicios de Urgencias Hospitalarios bajo la custodia de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.

En el caso de que el detenido presente cualquier tipo de lesión, atribuible o no a la detención, o manifieste presentarla, deberá ser trasladado de forma inmediata a un centro sanitario para proceder a su reconocimiento médico y en su caso prestarle la asistencia que este requiera. En el marco de las lesiones también se ha de incluir el resto de condiciones médicas preexistentes, como el VIH u otras enfermedades crónicas. La administración del tratamiento necesario para estas condiciones es esencial, ya que la atención médica otorgada a los detenidos no debe diferir de la que se proporciona a cualquier otra persona en otro contexto de atención médica.

En el caso de detenciones de personas gravemente afectadas por la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o afectadas por algún tipo de trastorno mental, incluso transitorio, se procederá a su traslado a un centro sanitario a la mayor urgencia posible.

Por tanto, el lugar adecuado para la atención médica al detenido es en los centros sanitarios mencionados, salvo causa médica que imposibilite el traslado del detenido.

Por regla general, no es correcto que por los agentes policiales se le exija al médico asistencial su presencia en dependencias policiales o en donde se encuentre el detenido y con esto hacerle abandonar su centro sanitario, donde cuenta con los mejores recursos asistenciales para su atención médica.

1.2. Conclusión

La atención médica brindada a las personas detenidas debe ser igual de completa y efectiva que la atención proporcionada a cualquier otro paciente. En el caso específico del usuario, la omisión en la administración del tratamiento antirretroviral, que debió haber sido proporcionado pero no lo fue por el equipo de atención sanitaria de la comisaría, constituye una violación evidente del artículo 520.2 i) de la LECrim. Además, esta negligencia puso en peligro la salud del detenido, lo que también podría considerarse una infracción del artículo 43 de la Constitución Española. Es esencial abordar esta situación de manera adecuada para garantizar que las personas detenidas reciban atención médica sin discriminación, asegurando que se respeten sus derechos fundamentales y se les brinde un trato igualitario en comparación con cualquier otro ciudadano.

2. DERECHO A COMUNICARSE TELEFÓNICAMENTE

El derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección viene establecido en el art. 520.2 f) de la LECrim. Esta comunicación se celebrará en presencia de un policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 527 LECrim. El derecho a realizar una llamada es un componente esencial de las garantías procesales y los derechos humanos de una persona detenida en España. Las autoridades están obligadas a respetar y proteger este derecho para garantizar un proceso penal justo y salvaguardar los derechos de los detenidos.

3. VIAS DE RECLAMACIÓN

A continuación, expondremos diversas vías de reclamación disponibles para garantizar la protección de los derechos de los detenidos en España. Estas vías desempeñan un papel fundamental en el ámbito legal, asegurando que los detenidos tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y obtener justicia en caso de irregularidades en su atención médica, comunicación telefónica y otros aspectos relacionados con su detención.

3.1. La queja

La queja es una facultad pública que puede ser ejercida por cualquier ciudadano/a, independientemente de su condición de interesado/a, ante cualquier tardanza,

desatención o cualquier otro tipo de actuación irregular que observe en el funcionamiento de un servicio público.

El artículo 3.1 del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, contempla entre los programas que integran dicho marco el relativo a Quejas y Sugerencias.

Los canales para hacer llegar a la Administración, las quejas pueden ser:

- De modo presencial, en las oficinas de los organismos competentes, solicitando el formulario correspondiente. Existe un Formulario de Quejas en todas las dependencias, oficinas y centros de atención ciudadana abiertos al público y dependientes del Ministerio del Interior (Comisaría de Policía, Puestos de la Guardia Civil, Jefaturas de Tráfico, etc.).
- A través del correo postal.
- Por vía telemática mediante la Sede Electrónica del Ministerio.

Formas de presentación

Las quejas se reflejarán por escrito en el Formulario, indicando nombre, apellidos y domicilio, a efectos de comunicaciones, y firmando al final de la correspondiente hoja. La persona interesada podrá ser auxiliada por el personal funcionario responsable del Formulario en la elaboración y constancia de la queja, en cuyo caso, se limitará a firmar la misma como muestra de conformidad. Se añadirán al Formulario las quejas que hayan sido enviadas por correo postal o presentadas a través de correo electrónico o Internet, pero solo si estas últimas están firmadas electrónicamente. Si una queja es presentada en persona utilizando el Formulario apropiado, se proporcionará una copia sellada de la queja de inmediato. Si las quejas se envían por correo postal y se proporciona una dirección de retorno, se enviará una copia correspondiente a la persona que envió la queja.

La queja también deberá incluir la identificación de la comisaría donde se produjo el daño, así como los detalles de los policías responsables del trato, en caso de que se conozcan, con el fin de facilitar una investigación adecuada. Le dejamos por aquí el formulario de queja: <https://www.boe.es/boe/dias/2007/04/12/pdfs/A16121-16124.pdf> La presentación de la queja debe realizarse, en primera instancia, en la comisaría donde se originó el incidente. En caso de no recibir respuesta en el plazo de veinte días, es posible presentar una nueva queja ante Inspección de Personal y Servicios de Seguridad

(C/ Cea Bermúdez, 35-37, 28003 - Madrid; Teléfonos: 915372647-2568; Fax: 915372600), en los mismo términos que se han expuestos.

Con relación al motivo de la queja, podría alegar la violación de los artículos 520.2 f) y 520.2 i) de la LEC debido a la conducta inapropiada por parte de los agentes de policía. Además, podría alegar una falta de equidad en el trato, ya que se le negó la atención médica necesaria debido a su condición de detenido, a pesar de que se espera que todos los ciudadanos reciban atención médica adecuada sin sufrir discriminación.

3.2. La denuncia

La segunda vía de la que dispone es la denominada “denuncia” a través de la cual se solicita el inicio de un procedimiento sancionador. Esta denuncia la puede presentar directamente ante la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad (C/ Cea Bermúdez, 35-37, 28003 - Madrid; Teléfonos: 915372647-2568; Fax: 915372600).

Antes de proporcionarle información sobre el proceso adecuado para presentar dicha denuncia, consideramos pertinente explicarle en qué consiste el procedimiento sancionador.

Entre las “potestades administrativas” concedidas a la Administración Pública se encuentra la “potestad sancionadora”, es decir, los poderes reconocidos a la Administración. A través de estos poderes, se habilita a la Administración a imponer sanciones a aquellos ciudadanos que cometen alguna infracción administrativa.

Este procedimiento concluye con una resolución que impone una sanción al infractor, generalmente en forma de multa.

En relación con su caso, la potestad sancionadora se aplicaría para sancionar a los funcionarios responsables de las acciones que contravengan las normativas o derechos del detenido. Se seguiría un procedimiento específico denominado procedimiento disciplinario.

El inicio del expediente sancionador se acuerda siempre de oficio por el órgano competente (art. 63.1 LPACAP), es decir, por parte de la Administración. Durante el transcurso del procedimiento se identifica a las personas presuntamente responsables, se exponen sucintamente los hechos que motivan la iniciación del procedimiento, su posible calificación y la sanción que puede corresponder.

Como hemos expuesto, el procedimiento sancionador se inicia por la propia Administración, que puede producirse por decisión de la propia Administración o a través de una denuncia. Respecto al inicio del procedimiento por previa denuncia (regulado en el art. 62 LPACAP) hay que hacer las siguientes precisiones:

- El denunciante no es considerado como parte interesada en el procedimiento.
- La denuncia por si sola no inicia el procedimiento sancionador sino que requiere que el órgano competente acuerde su inicio. Además, el denunciante no tiene derecho a impugnar la resolución por la cual se decida no iniciar el procedimiento sancionador. El denunciante es la persona que informa sobre una presunta infracción administrativa, pues no es una denuncia en el ámbito penal, sino que es administrativa, cuyo único objetivo es el de proporcionar información a la Administración pública, para que sea ella la que decida si inicia un procedimiento sancionador, en este caso disciplinario contra los policías concretos.

Las denuncias no pueden ser anónimas y deben expresar los hechos que se conozcan y puedan constituir infracción, la fecha de comisión y, si es posible, la identificación de los presuntos responsables. En la denuncia se debe solicitar el inicio del procedimiento disciplinario

En resumen, la denuncia debe contener los siguientes elementos:

- Identificación de la persona o personas que la presentan.
- Exposición de los hechos que se comunican al órgano administrativo, indicando el lugar y la fecha en que tuvieron lugar.
- Identificación, en lo posible, de las personas interesadas en el procedimiento que pudiera iniciarse.
- Solicitud, si así lo estima el denunciante, de que se inicie un procedimiento administrativo.
- Indicación del medio preferente y del lugar, a efectos de posibles notificaciones.

3.3. Conclusión

La elección entre presentar una queja o una denuncia de los objetivos que persiga. Ambas acciones ofrecen vías para abordar preocupaciones y problemas relacionados con los servicios públicos.

Las quejas son una herramienta efectiva para señalar deficiencias en el funcionamiento de los servicios públicos y para proporcionar opiniones a las autoridades sobre cómo mejorar. Son un medio accesible para cualquier ciudadano y pueden ser presentadas de manera presencial, por correo postal o en línea.

Por otro lado, las denuncias están relacionadas con solicitar la apertura de un procedimiento sancionador, en este caso, disciplinario, contra una situación producida

por los policías y por la que ellos han podido cometer una infracción en su trato con el detenido. Es decir, estas son relevantes cuando se busca que se tomen medidas específicas contra un presunto infractor. Al igual que las quejas, la denuncia es un medio accesible para cualquier ciudadano y pueden ser presentadas de manera presencial, por correo postal o en línea.

Por último, indicarle que si necesita más información sobre la tramitación de cualquiera de las vías aquí expuestas, no dude en volver a ponerse en contacto con la Clínica Legal.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH.

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

-. La consulta la realiza una persona con VIH que desea obtener información legal sobre cómo proceder y qué alternativas existen con respecto a su hija. Comenta que está divorciado y que tiene una hija de 27 años a la que continúa abonando una pensión de alimentos de 635 euros al mes, pese a que no mantienen ninguna relación desde que cumplió 18 años por elección de su hija. Manifiesta que desea dejar de abonar la pensión de alimentos. El motivo se encuentra en la publicación de un libro por parte de su hija en el que se le atribuyen conductas de abuso y en el que se revela su estado serológico, entre otros aspectos. Por todo ello, nos consulta sobre las posibles vías para extinguir la obligación de prestar alimentos.

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

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

Artículo 20. Derecho a la libertad de expresión, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra, a la libertad de información.

Artículo 24.2. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Artículo 119. Derecho a la justicia gratuita.

-. 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 7. Intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección civil.

Artículo 9. Tutela judicial y medidas frente a las intromisiones ilegítimas.

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

Artículos 205 a 207. Delito de calumnia.

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

Artículo 2. Titulares de la asistencia jurídica gratuita.

Artículo 3. Recursos máximos para disfrutar de la justicia gratuita.

Artículo 5. Casos excepcionales en los que se puede reconocer el derecho.

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

Artículo 23. Necesidad de la representación por procurador/a.

Artículo 31. Necesidad de la asistencia por abogado/a.

Artículo 773. Modificación de medidas en vía judicial.

Artículo 775. Solicitud de modificación de medidas.

Artículo 777. Modificación de medidas de mutuo acuerdo.

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

Artículos 142 y siguientes. Obligación de prestar alimentos.

Artículo 149. Formas de cumplir con la obligación de alimentos.

Artículo 152. Extinción de la pensión de alimentos.

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

- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Fundamento Jurídico 5. (Sobre el significado y finalidad del derecho fundamental a la intimidad).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2018, de 13 de diciembre de 2018. Fundamento Jurídico 4. (Sobre el significado y finalidad del derecho fundamental al honor).
- Sentencia Tribunal Constitucional 34/2010, de 19 de julio de 2010. Fundamento Jurídico 3. (Sobre el significado y alcance del derecho a la creación literaria)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006 Fundamento de Derecho 1. (Sobre la determinación del concepto de daños morales).
- Sentencia del Tribunal Supremo 4000/2015 de 29 de julio de 2015, Fundamento de Derecho 7. (Recopila la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de creación artística y el derecho a la libertad de información)
- Sentencia del Tribunal Supremo 298/2018 de 24 de mayo de 2018. Fundamento Jurídico 2. (Sobre la extinción de la pensión de alimentos por la mala conducta del alimentista).
- Sentencia del Tribunal Supremo 104/2019 de 19 de febrero de 2019. Fundamento Jurídico 8. (Establece que si no existe relación paterno-filial por causas imputables al hijo mayor de edad se debe extinguir la pensión de alimentos).
- Sentencia del Tribunal Supremo 587/2019 de 6 de noviembre de 2019. Fundamento Jurídico. (Sobre la no existencia de un límite de edad en la pensión de alimentos).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2515/2022 de 23 de junio de 2022. Fundamento Jurídico 3. (Sobre la definición y alcance del delito de calumnia).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 3/2004 de 8 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 5. (Sobre el establecimiento de un límite de edad para el pago de la pensión en el caso concreto).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 364/2005 de 13 de mayo de 2005. Fundamento Jurídico 3. (Sobre la extinción de la pensión de alimentos por la relación laboral de la alimentista).

-. Sentencia 495/2010 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de noviembre de 2010. Fundamento Jurídico 2. (Sobre el establecimiento de un límite de edad para el pago de la pensión en el caso concreto).

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

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

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

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

De su consulta extraemos que existen dos cuestiones fundamentales sobre las que solicita información: la relativa a la pensión de alimentos y la referida a las posibles consecuencias de la publicación del libro por parte de su hija. Por tanto, para darle una respuesta completa y fundamentada, vamos a dividir nuestra respuesta en esas dos partes.

Por lo que respecta a la pensión de alimentos analizaremos, en primer lugar, en qué consiste y si usted sigue teniendo la obligación de prestarla a su hija. En segundo lugar, observaremos cómo puede cambiar su situación de manera que deje de abonar la pensión.

Por otro lado, en cuanto a las posibles consecuencias jurídicas que puede conllevar la publicación del libro, veremos si de alguna manera se ha podido vulnerar alguno de sus derechos (a través de la revelación de su estado serológico o por las acusaciones de comisión de hechos delictivos) y si ese fuera el caso, de qué manera podría proceder para proteger sus derechos.

Tras estas dos partes fundamentales, le facilitaremos información sobre el Turno de Oficio y la Asistencia Jurídica Gratuita y, finalmente, haremos unas conclusiones para reunir las ideas más importantes de la respuesta.

PENSIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de prestar alimentos se encuentra regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil y comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En concreto, están obligados recíprocamente

(unos a otros) a darse alimentos los cónyuges y los ascendientes y descendientes. De esta manera, los padres están obligados a prestar alimentos a los hijos y viceversa.

El artículo 149 determina que se podrá cumplir la obligación bien manteniendo al alimentista en su casa (a su hija en su caso) o bien pagando la pensión que se fije. No obstante, establece asimismo que no se podrá elegir si se contradice con la situación de convivencia determinada por resolución judicial. Por tanto, en su caso, usted ha venido cumpliendo con la obligación de prestar alimentos a su hija mediante el pago de una pensión, puesto que usted no ostentaba su custodia y porque así fue fijado mediante sentencia judicial.

Sin embargo, la obligación de dar alimentos no es ilimitada en el tiempo, sino que el Código Civil determina que debe cesar en determinados casos. En concreto, el artículo 152 establece que lo hará en los siguientes casos:

- Por el fallecimiento de uno de los dos.
- *Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.* Es decir, cuando el obligado tuviera una situación económica que no le permitiera hacer frente a la obligación.
- *Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.* Esto es, cuando el alimentista (su hija) tenga unos ingresos por los que no necesite la pensión.
- *Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.* Los artículos 756 y 853 del Código Civil establecen las causas para desheredar a los descendientes. Por ejemplo, si se ha negado los alimentos al ascendiente, si se ha maltratado, tratado de atentar contra la vida o imputado delitos conociendo su falsedad o si, como veremos posteriormente, se ha abandonado la relación paterno-filial por causas imputables al descendiente (hijo o hija).
- *Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.* Si el alimentista pudiera trabajar u obtener ingresos, pero no lo hiciese por causas imputables a su conducta.

Una vez conocemos la teoría, debemos analizar su caso concreto. Sin embargo, antes de pasar a exponerle nuestro análisis y lo que dicen mayoritariamente los tribunales, debemos advertirle de que el derecho de familia no es una doctrina estricta, sino que en múltiples ocasiones depende del caso concreto y de cómo lo interprete el juzgado en el que recaiga. De todas formas, veamos cuál es la opinión mayoritaria en relación a sus circunstancias:

Usted en su consulta nos comenta que su hija tiene 27 años, pero que desconoce cuál es su situación laboral. Pongamos que ya cuenta con un puesto de trabajo y percibe unos ingresos por él. Nos encontraríamos en ese caso ante la tercera causa que determina el artículo 152 del Código Civil. Si su hija contase ya con un salario mensual, no necesitaría la pensión de alimentos para su subsistencia y debería finalizar su obligación. Cuestión distinta es que los padres quieran seguir financiando ciertos gastos a los hijos en estos casos, pero no estarían obligados como tal, sería una cuestión voluntaria. En este sentido lo han entendido los tribunales en Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid 364/2005 de 13 de mayo.

Si su hija no trabajase, podríamos encontrarnos asimismo ante una de las causas por las que debe cesar la obligación de prestar alimentos. En concreto, podríamos encuadrar el caso en la quinta causa que determina el artículo 152 del Código Civil. Aunque el Tribunal Supremo en sentencias como la 587/2019 de 6 de noviembre haya determinado que no hay una edad límite para estar obligado a abonar la pensión, la mayoría de los tribunales entienden que entre los 26 y los 30 años los hijos ya tienen acceso al mercado laboral y, por tanto, si no pueden percibir ingresos, es por su propia pasividad. Esto lo podemos observar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 3/2004 de 8 de enero, la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 495/2010 de 26 de noviembre. Con más motivo aún, si se observase que su hija puede acceder al mercado laboral o continuar sus estudios y no lo hace por su propia conducta, se podría acordar el fin de la obligación de abonar la pensión (ver por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2018 de 24 de mayo).

Además, también manifestaba que desde los 18 años no tiene relación con su hija porque así lo ha decidido ella. Este es otro de los motivos por los cuales los tribunales han interpretado que se debe cesar la obligación de prestar alimentos. En concreto, entienden que, si los hijos son mayores de edad y existe una falta importante de relación por decisión del hijo, no puede continuar estando obligado el padre a prestar alimentos por la cuarta causa que establece el artículo 152 del Código (por incurrir en una causa de desheredación). El Tribunal Supremo en la Sentencia 104/2019 de 19 de febrero estableció concretamente: *No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales*. Siguiendo este razonamiento, por tanto, si su hija no desea conservar la relación con usted, no debería seguir estando obligado a pasar la pensión de alimentos.

Cuenta con motivos suficientes para solicitar que se extinga la obligación de abonar la pensión de alimentos que le impuso la sentencia de divorcio. Sin embargo, no es recomendable incumplir unilateralmente la Sentencia judicial, sino que es necesario acudir a un nuevo procedimiento.

En virtud del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, usted podrá solicitar al mismo Tribunal la modificación de las medidas que se establecieron en la sentencia de divorcio si han variado las circunstancias que existían al tramitarlo. Es evidente que las circunstancias han variado, pues su hija ha alcanzado una edad en la que o puede acceder al mercado laboral o, si no lo hace, es por circunstancias imputables a su comportamiento. Asimismo, han perdido la relación existente (recordemos que los tribunales lo tienen en cuenta cuando los hijos son mayores de edad).

Para poder modificar las medidas existen dos opciones: llevarlo a cabo de mutuo acuerdo o a través de la vía judicial. Para poder realizarlo de mutuo acuerdo es necesario que ambos excónyuges estén de acuerdo con las nuevas condiciones, de tal forma que redacten un nuevo convenio regulador y lo ratifiquen ante el Letrado de la Administración de Justicia (artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En su caso es muy poco probable que puedan acudir a esta vía porque entendemos que ni su excónyuge ni su hija estarán de acuerdo con la extinción de la pensión de alimentos, por lo que deberán acudir a la vía judicial.

Para ello, se deberá presentar demanda ante el mismo juzgado que ha dictado la Sentencia de divorcio, en concreto ante el Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Lleida. En ella deberá solicitar que se extinga la pensión de alimentos por los motivos que hemos comentado en el presente informe. Una vez presentada, se citará a las partes a una comparecencia para que expongan sus posturas y presenten las pruebas pertinentes y, tras la celebración, el juez o jueza dictará sentencia estimando sus pretensiones o no. En este procedimiento es necesario estar asistido por abogado/a y representado por procurador/a, tal y como establecen los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, es recomendable solicitar asesoramiento a un abogado/a de familia para que no solo le asista en el procedimiento, sino para que también le guíe sobre la mejor estrategia a seguir. En consecuencia, le daremos información al final del informe sobre el Turno de Oficio y la Asistencia Jurídica Gratuita.

POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS POR LA PUBLICACIÓN DEL LIBRO Y PROCESOS PARA SU PROTECCIÓN

Según la información que usted ha aportado a la Clínica Legal, en el libro publicado por su hija se revela su estado serológico y se le acusa por la comisión de un delito de abuso sexual.

Usted debe saber, que la revelación y divulgación de su estado serológico sin su consentimiento podría constituir una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Este derecho tiene como finalidad ofrecer una protección de la vida privada personal y familiar. Según el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre) la función del derecho fundamental a la intimidad es *proteger frente a*

cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceras personas en contra de su voluntad.

Por su parte, la imputación de hechos delictivos inveraces pueden suponer la vulneración del derecho al honor (igualmente recogido en el artículo 18.1 de la Constitución) por vincular sus datos personales con unos hechos que puedan afectar a su reputación y distorsionar la percepción que otros puedan tener de usted. Según el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 133/2018, de 13 de diciembre) el derecho al honor *ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas.*

El derecho a la intimidad y el derecho al honor quedan protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta Ley se encarga de regular las intromisiones ilegítimas en este derecho, estableciendo como tales en su artículo 7.3 *la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre* y en su artículo 7.7 *la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

En su caso, la revelación de su estado serológico podría constituir una intromisión ilegítima en el ámbito de protección civil de su derecho a la intimidad personal de conformidad con lo definido en el mencionado artículo 7.3. Por otro lado, la imputación de hechos delictivos a su persona podría constituir una intromisión ilegítima en el ámbito de protección civil de su derecho al honor de conformidad con lo definido en el artículo 7.7.

Si usted considera que los hechos relatados constituyen una intromisión ilegítima y vulnera sus derechos a la intimidad personal y al honor, respectivamente, podrá acudir a la vía civil para reclamar:

- La declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición al estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida (artículo 9.2.a de la Ley 1/1982).
- La prevención de intromisiones inminentes o ulteriores (artículo 9.2.b de la Ley 1/1982).
- La indemnización de daños y perjuicios causados (artículo 9.2.c de la Ley 1/1982). En este punto cabe precisar, que esta indemnización podrá abarcar los

daños morales sufridos, que según el Tribunal Supremo comprenden sufrimientos psíquicos o físicos que haya podido padecer la víctima del daño a consecuencia del hecho ilícito (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006). Sin embargo, cabe precisar que la valoración y cuantificación de los daños corresponden al Tribunal, no obstante, este deberá informar sobre las bases que fundan la cuantía exacta de los daños a reparar o indemnizar.

- La apropiación del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos (artículo 9.2.d de la Ley 1/1982).

En otro orden de cosas, usted debe conocer que estos derechos fundamentales en numerosas ocasiones entran en conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión, con el derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica o con el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión (todos ellos establecidos en el artículo 20 de la Constitución). Según el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 34/2010, de 19 de julio), el derecho de creación literaria (que es aquel que nos interesa en el presente caso), tiene como objetivo principal *proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares*. No obstante, según dice el mismo artículo que establece los derechos mencionados, *tienen su límite [...] especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia* (artículo 20.4 de la Constitución). Así, para ver qué derecho prevalece en cada caso, el tribunal debe llevar a cabo una ponderación.

En su caso concreto, el libro publicado por su hija no parece tener intención de ser una novela sino más bien una autobiografía. Cuando lo que el autor pretende reflejar es una realidad (desde su consideración o concepción), de tal manera que el destinatario de la obra pueda reconocer los hechos y las personas, según la jurisprudencia, pueden aparecer *intensamente imbricados la libertad de información, que tiene por objeto la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente, con el derecho a la libertad de creación artística que, ampara la desconexión con la realidad y su transformación* (entre otras, Sentencia Tribunal Supremo 4000/2015, de 29 de julio de 2015). Estos casos se convierten en difíciles ponderaciones para el tribunal, porque de un lado debería tener en cuenta criterios como la veracidad de los hechos por la parte que corresponde al derecho a la libertad de información (pues para que este derecho prevalezca sobre el derecho al honor, los hechos relatados deben ser veraces), pero por otro lado la veracidad debería ser irrelevante, pues en la creación artística y literaria no es necesario que aquello que se relata se corresponda con la realidad.

Por todo lo expuesto, desde la Clínica Legal no le podemos asegurar la respuesta que obtendrá si finalmente decide iniciar un proceso civil, por lo que le recomendamos consultar a un/a abogado/a para el estudio del caso y de la mejor estrategia judicial en su caso concreto.

Por otro lado, la imputación de hechos delictivos inveraces pueden ser constitutivos de un delito de calumnia recogido en los artículos 205 a 207 del Código Penal. El artículo 205 define el delito de calumnia como *la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*. Por ello, para que pueda existir dicho delito no basta con atribuir o acusar a otro por la comisión de un hecho delictivo, sino que también es necesario que la persona que acusa sea consciente de la falsedad de la imputación. A su vez, en el artículo 207 se establece que el *acusado por un delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*.

Según el Tribunal Supremo en su Sentencia 2515/2022, de 23 de junio, en su Fundamento Jurídico 3:

«la calumnia no pierde su efecto erosivo de la honorabilidad de la víctima por el hecho de que ésta no se identifique con nombres y apellidos. Lo verdaderamente definitivo es que el destinatario de las frases que menoscaban la honorabilidad quede inequívocamente identificado. Y para ello puede ser suficiente que quede acreditado [...] un contexto o unas imágenes que individualicen a quien el autor quiere convertir en receptor de la afrenta.»

Por ello, entendemos que a pesar de que su nombre y apellido no aparezca expresamente en el libro, por el contexto (como padre de la autora), usted queda inequívocamente identificado.

A pesar de todo lo expuesto, usted debe recordar que, en su caso concreto, el Tribunal deberá tener en cuenta distintos factores a la hora de dictar una resolución. En consecuencia, le aconsejamos de nuevo acudir a un abogado/a para estudiar el caso concreto y decidir la viabilidad de iniciar un proceso penal.

TURNO DE OFICIO Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.

Para concluir con el informe es preciso que conozca la existencia en España de la justicia gratuita y la posibilidad de obtener sin coste económico los servicios de un abogado/a de oficio pues, como le comentábamos anteriormente, para la reclamación en vía judicial será necesaria la asistencia de un/a abogado/a. 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 14.400€ (dos veces el IPREM).
- En caso de encontrarse en una unidad familiar de tres miembros o menos, debe contar con unos ingresos anuales inferiores a 18.000 € (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 21.600 € (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. En primer lugar, el párrafo g) del artículo 2 de la Ley 1/1996 establece que puede usted acceder a dicho derecho si tiene reconocida una discapacidad y se considera que necesita especial protección.

En segundo lugar, 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 36.000 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. En principio, alguno de los procedimientos que le hemos comentado 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/a y procurador/a 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.

Pese a ello, si no le reconocen el beneficio de la justicia gratuita porque supera los umbrales de renta máximos o porque la Comisión de Asistencia Jurídica no se la concede por los motivos del artículo 5, usted puede igualmente solicitar un abogado/a de oficio y luego pagar sus honorarios. Muchas personas que no tienen un abogado/a de confianza o no conocen a ninguno, deciden solicitar uno de oficio. Si estas personas cumplen los requisitos que hemos señalado antes, los servicios del abogado/a le resultarían gratuitos. Sin embargo, si cuentan con unos ingresos superiores a los señalados y no le reconocen el beneficio de justicia gratuita, pueden continuar siendo asistidos por el abogado/a de oficio, pero siempre abonando los honorarios correspondientes. Esta es una opción a tener en cuenta si, como le decíamos, no conoce a ningún abogado/a para defender sus intereses.

Además de la asistencia jurídica gratuita durante todo el proceso, también debemos informarle de que los colegios de abogados cuentan con un servicio de orientación jurídica en el cual puede usted consultar sus dudas con más detalle y detenimiento.

CONCLUSIONES

En resumen, contaría con motivos para solicitar que se extinga la pensión de alimentos, puesto que al tener su hija 27 años, esto es edad suficiente para que se entienda que si se ha incorporado al mercado laboral ya no necesita su sustento y, si no lo ha hecho, es posible imputarlo a su propia pasividad. Asimismo, la falta de relación por causas imputables a ella también es un motivo que se debe alegar. Para solicitar la extinción es necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas, de tal forma que se haga de mutuo acuerdo o por vía judicial.

Según la información que usted ha facilitado a la Clínica Legal la publicación del libro por parte de su hija podría constituir la vulneración de algunos de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española. La revelación de su estado serológico puede constituir una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal, mientras que la imputación de hechos delictivos puede constituir una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Mediante la asesoría jurídica de un/a

abogado/a podrá acudir, si lo desea, a la vía civil para la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios.

La imputación de hechos delictivos con desconocimiento de su falsedad puede constituir también la comisión de un delito de calumnia del artículo 205 y siguientes del Código Penal. Si lo desea, puede acudir a un abogado/a para que le aconseje sobre la viabilidad de iniciar un proceso penal.

Por último, le recordamos que tiene derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita si cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y que puede acudir al Turno de Oficio para solicitar los servicios de un abogado/a de oficio si no conoce a ninguno/a, pagando sus honorarios (si no le concedan el beneficio de la Asistencia Jurídica Gratuita).

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 de la Universidad de Alcalá



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27
28801 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH

Instagram @clinica_legal_uah