

INFORME EMITIDO POR LOS PROFESORES QUE SUSCRIBEN, SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VIH COMO ENFERMEDAD INFECTOCONTAGIOSA Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- ANTECEDENTES 1. ANTECEDENTES DE HECHO 2. ANTECEDENTES DE DERECHO. 3. SOBRE EL CARÁCTER INFECTOCONTAGIOSO DEL VIH: INFECCIÓN, TRANSMISIÓN Y CONTAGIO III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS IV.- CONCLUSIONES V.- PROPUESTAS.

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente documento se elabora a petición de la Coordinadora Estatal de VIH/Sida (en adelante, CESIDA), en el marco del Proyecto conjunto «Clínica Legal para personas con VIH/Sida», subvencionado por la Secretaría del Plan Nacional del Sida, del Ministerio de Sanidad y Consumo. Según la Memoria explicativa de dicho proyecto, se fijaban una serie de temas dentro de las reivindicaciones activas de CESIDA, entre las cuales se habrían de seleccionar los asuntos a desarrollar por la Clínica. Entre estos se fija en tercer lugar, siguiendo el orden de reivindicaciones de CESIDA, la revisión de protocolos y de legislación que dificulta el cumplimiento de los derechos humanos de las personas con VIH, otorgando especial importancia a la categorización del VIH/Sida como “enfermedad infecto-contagiosa” en lugar de “infecto-transmisible”, lo que en opinión de CESIDA, provoca que con amparo legal se esté dificultando el acceso a recursos sociales a personas con VIH.

En desarrollo de dicha previsión del programa en cuestión, el objetivo del presente Informe es, en primer lugar, valorar desde un enfoque normativo la realidad de esta denuncia del movimiento asociativo del VIH. En segundo lugar, comprobar la relevancia a efectos sociales que pueda tener la misma, para, a continuación, discutir su pertinencia desde el sistema constitucional de derechos fundamentales y realizar las correspondientes propuestas de mejora.

A la hora de desarrollar esta cuestión, y, con efectos metodológicos, es necesario tomar como punto de partida un determinado modelo de compatibilidad entre las exigencias de la salud pública y los derechos fundamentales, que se convierta en presupuesto. No hay ninguna duda de que ambos objetivos han de hacerse compatibles desde el esquema de valores establecido por nuestra Constitución, en el que la igualdad y los derechos fundamentales ocupan un lugar preferente.

En este sentido, en general, el problema de la discriminación hacia las personas que viven con VIH/Sida, como las distintas cuestiones relacionadas con la enfermedad, son susceptibles de ser abordadas desde una óptica de la salud pública o desde la óptica de los derechos humanos. Desde la *Primera Consulta Internacional sobre Sida y Derechos Humanos*¹ y la *Declaración de París* de 1994, el consenso internacional asume que ambos objetivos sociales no sólo son compatibles sino necesariamente complementarios. De esta manera, se asume la idea de que tanto desde los argumentos basados en salud pública como desde los argumentos basados en derechos humanos, se justifica la eliminación de la discriminación².

Dando por cierta esta afirmación, a nuestro modo de ver, es también importante destacar cómo las políticas públicas, incluidas, desde una perspectiva formal, la política legislativa o reguladora, y en perspectiva material, la política antidiscriminatoria, se plantean de forma diferente cuando se orientan a la protección de la salud pública o a la realización de las condiciones que hagan posible la dignidad de las personas que viven con VIH/Sida.

De este modo, un tratamiento de la discriminación basado en consideraciones de salud pública, tiene como objetivo la visibilización de la enfermedad para una mejor prevención y tratamiento. En tal caso, las medidas antidiscriminatorias adquieren un carácter instrumental, pues con ellas se trata de eliminar las consecuencias negativas que

¹ *International consultation on AIDS and human rights*. New York : United Nations, 1991. HR/PUB/90/2 - Ginebra 1989

² V.V.A.A. *SIDA, Salud y Derechos Humanos* (coord. Jonathan Mann y Anne Petitgirard), Cambridge (Mass.)-Ginebra, 1994.

puede tener el hecho de que se conozca el estado serológico de una persona con respecto al VIH. Por lo que mantiene su primacía la salud pública como objeto de interés social.

Sin embargo, en el caso de un planteamiento basado en derechos, el objetivo que se persigue es poner fin a la *diferenciación injusta* que se produce sobre las personas que viven, en este caso, con VIH/Sida³. En este caso, la discriminación se presenta como un obstáculo para la realización de estas personas, que les afecta por razón de su pertenencia a un grupo. Al mismo tiempo, ello no significa, o al menos no tiene por qué significar la desaparición de la salud pública del horizonte protector y normativo, por el contrario, la salud pública es relevante a la hora de limitar el ejercicio y disfrute de los derechos en tanto, y sólo en la medida, en que, por un lado, el límite a los derechos esté orientado a la protección de la salud y sea proporcional a este objetivo.

Con este enfoque garantizamos la efectividad de los derechos y una mejor garantía de la salud pública, al no ponerla en contradicción *a priori* con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Al contrario, en el esquema constitucional, la salud pública formaría parte, tanto de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, contenidos en el artículo 15, cuanto del derecho a la salud del artículo 43. Este último establece, en su apartado segundo, que “corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, es la que se encarga de la regulación del ejercicio del derecho a la salud.

Frente a esto, las primeras políticas públicas en relación con el VIH/Sida se construyeron sobre la base de la defensa de la salud pública, lo que en ocasiones iba en detrimento de los derechos de las personas afectadas. Por ello, junto a estas consideraciones

³ Sobre el enfoque de derechos humanos a la hora de diseñar políticas públicas, ver la doctrina desarrollada en las Agencias de las Naciones Unidas en «U.N. common understanding» sobre HRBA, aplicado al VIH (Segundo seminario interinstitucional, Stanford, 2003). Ver al respecto *El VIH/SIDA y los derechos humanos. Directrices internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998. En el documento se recoge la Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Ver, asimismo, la Revisión de la Sexta Directriz de 2002. La aplicación del marco teórico desarrollado casi al mismo tiempo en las actas de la 4ª. reunión del Grupo de Referencia sobre VIH/sida y Derechos Humanos de ONUSIDA, en 2004 “What Constitutes a Rights-based Approach: Rationale, Objectives and Areas of Focus”.

metodológicas, es necesario destacar una serie de circunstancias fácticas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de plantearse la cuestión de la calificación jurídica del VIH/Sida en un Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido, desde finales de los 90, un mayor conocimiento de la enfermedad y la mejora en su tratamiento han permitido que en el discurso en esta materia se abran paso la preeminencia de la garantía y la eficacia de los derechos humanos.

Por un lado, un mejor conocimiento de la enfermedad, especialmente en lo relativo a las vías de transmisión, permite valorar de forma muy diferente, y mucho más certera, el riesgo que para la salud pública supone la convivencia con personas que viven con VIH/Sida.

Por otro lado, los nuevos tratamientos suponen mejoras esenciales en la calidad y en las expectativas de vida de las personas infectadas. Esta circunstancia tan positiva ha supuesto, sin embargo, que estas personas puedan salir del ámbito sanitario y sufrir la discriminación, además de en éste, en los restantes escenarios en los que transcurre su vida cotidiana.

Unas últimas aclaraciones metodológicas se refieren a las exclusiones en nuestro trabajo. En primer lugar, evidentemente, el tema de la calificación jurídica del VIH/Sida tiene una importancia esencial en muy diversos aspectos jurídicos; de hecho, podríamos decir que es el problema jurídico original o radical, ya que la denominación jurídica de ésta, como de otra patología o enfermedad, es el mecanismo por el cual deja de ser sólo objeto de la ciencia médica y se convierte en objeto del Derecho. Por ello, partir de su denominación jurídica, sea cual sea, tiene relevancia en todas las áreas de contacto entre esa realidad natural (la enfermedad) y su tratamiento jurídico. En este sentido, una cuestión especialmente importante es su consideración a los efectos de la declaración obligatoria y de control epidemiológico, cuestiones que requieren un tratamiento especial y que pueden tener que ver, en todo caso, con el derecho a la intimidad. En este informe se deja de lado esta cuestión, ya que el objetivo central es localizar los elementos normativos que bajo el amparo de la denominación en Derecho del VIH/Sida permiten de manera directa o indirecta la exclusión de bienes o servicios públicos o su disfrute diferenciado o restringido, con el fin de proponer medidas que puedan evitar esta situación.

En segundo lugar, en el informe vamos a contemplar de acuerdo con la Tercera Directriz únicamente las situaciones derivadas de la seropositividad al VIH, puesto que en relación con el Sida pueden existir otras patologías asociadas que requerirían un estudio diferenciado e individualizado en función de los cuadros médicos.

Por todo ello, en primer lugar, tras una narración de los hechos, sobre los que se basa este dictamen, se recoge toda una amplia normativa que utiliza la categorización de “enfermedad infecto-contagiosa”. Sobre esta base fáctica y normativa, se realizan una serie de comentarios previos y generales acerca del significado natural de las enfermedades infecciosas y contagiosas, cuyo sentido es establecer el marco conceptual y funcional en el seno del cual se van a realizar las consideraciones sustantivas relativas al asunto. En segundo lugar, se expondrán las conclusiones y las propuestas para solucionar el funcionamiento inadecuado de este mecanismo normativo de control y promoción de la salud pública.

II.- ANTECEDENTES

El Informe FIPSE “Discriminación y VIH/Sida 2005” constituye, por el momento, la esencial referencia para conocer la situación de las personas que viven con VIH/Sida en España en términos de vulnerabilidad ante la discriminación.

Dicho Informe, depositado en toda su extensión en la sede social de FIPSE, recoge en su resumen publicado (p. 159) como una de sus conclusiones que:

Sobre la naturaleza “infecto-contagiosa” del VIH

Se ha podido constatar como muchas de las prácticas negativas que recoge el Protocolo ONUSIDA no se dan ni en la Legislación ni en los Reglamentos y Protocolos, pero las lógicas excepciones que tanto en un caso como en otro se pueden legítimamente introducir en el caso de enfermedades infecto-contagiosas se convierte en una falla del sistema que permite la realización de esas prácticas normativas en la Práctica Cotidiana al amparo de esas normas legales o informales (Reglamentos y Procedimientos), puesto que se aplican al VIH/SIDA.

Esta conclusión se debía a un tipo de casos o “notificaciones de discriminación” que recoge el Informe en la parte de la investigación denominada Práctica Cotidiana, que se

refiere a la vida real de las personas seropositivas al VIH y que se caracterizan por la exclusión en el acceso o el disfrute de determinados servicios o bienes, en ocasiones de titularidad privada, y muchos de titularidad pública, incluso en el ejercicio de algunos derechos. En concreto, como veremos a continuación, de modo constante se repite en la normativa que regula el acceso a diversos servicios o bienes, el establecimiento entre los requisitos, el de no padecer ‘enfermedades infectocontagiosas’, o cláusulas semejantes, todas ellas caracterizadas, desde un punto de vista teleológico, por una voluntad obvia de controlar posibles riesgos para la salud pública.

De modo muy habitual, las personas que viven con VIH quedan, en estos supuestos, excluidas de la posibilidad de disfrutar de estos servicios. Ello se debe normalmente a dos reacciones frente a esta normativa. En algunos casos, las instituciones responsables, ante la constatación de la seropositividad al VIH del solicitante, deniegan el acceso a esos servicios o bienes como cursos de natación, plazas en residencias de ancianos, recursos asistenciales a la tercera edad, a mujeres maltratadas, o al ejercicio de derechos como la libertad de movimiento (visados), de educación (becas) y otros...

En otras ocasiones, la denegación no se llega a confirmar, ya que se produce lo que se denomina «discriminación anticipada» o «interiorizada». Efectivamente, uno de los resultados más llamativos del Estudio FIPSE, es la distancia que se produce entre un Derecho garantista y la experiencia de las personas en la vida cotidiana. El dato es especialmente significativo si pensamos en el escaso número de ocasiones en las que los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema. Ello se debe a que la discriminación que viven las personas afectadas por el VIH se convierte en estructural y llega a ser percibida como ‘normal’ por quienes la protagonizan, tanto en cuanto sujetos activos, como en cuanto pacientes. Para hacer frente a la discriminación, el secreto sobre la condición de seropositividad al VIH aparece, muchas veces, como la única defensa. Sin embargo, en el tipo de casos mencionados, la normativa en cuestión exige un certificado médico para comprobar el cumplimiento de ese requisito, lo cual, por las razones expresadas en el párrafo anterior, constituye una circunstancia suficiente para que la persona que viva con VIH desista, sin más, de su pretensión.

En las siguientes páginas se va a desarrollar una exposición de esta situación, pasando de la descripción de los hechos a la normativa jurídica que los ampara, si acaso de manera indirecta, y la explicación de la misma. Conviene tener en cuenta que la descripción de hechos y normas tiene un carácter ejemplificativo, y no exhaustivo. No se trata, por tanto, de agotar el panorama en ninguno de los casos, sino de ofrecer una perspectiva general sobre el problema al que nos enfrentamos.

1. Antecedentes de Hecho

Ya durante la redacción del Informe FIPSE, el equipo investigador tuvo acceso a una amplia gama de situaciones que recogían múltiples testimonios de afectados que se han sentido discriminados y apartados en el ámbito sanitario por lo que denominan “*padecer el estatus de enfermedad infecto-contagiosa*”⁴.

También se detectaron casos en los que para conseguir beca de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), para estudiantes extranjeros que quieren venir a estudiar a España, se les exige certificado médico en el que se explicita que no tienen enfermedad infectocontagiosa, lo que incluye en esos momentos la infección por VIH. No obstante, en general, con la nueva normativa aplicable del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería esta situación se ha corregido mucho, ya que el Reglamento es muy claro al respecto de cuales son las enfermedades relevantes.

Junto al ámbito laboral, donde el uso a modo de coartada legal de esta cláusula y otras parecidas es muy habitual, llamó poderosamente la atención del equipo investigador lo abultado y variado de la casuística recogida en la denegación o restricción en el uso de los servicios y recursos sociales. Se pudo constatar la denegación de acceso a balnearios como prestación para personas con minusvalías, denegación de entrada a unidades de cuidados paliativos en centros sociosanitarios, en residencias de personas mayores, tanto públicas como privadas, en Centros de Día para mayores, en centros residenciales públicos y concertados para discapacitados, en programas de los Centros de Rehabilitación para

⁴ Informe FIPSE, cit., p. 84 y 110.

Discapacitados Físicos, en casas de acogida a mujeres solas con cargas familiares, en Comunidades Terapéuticas para drogodependientes, programas de Empleo como cursos formativo-ocupacionales o cursos de formación para el empleo ... Hasta llegar a un total de 39 notificaciones, lo que daba a ese descriptor individualmente considerado un peso muy relevante en los resultados cuantitativos del trabajo, ya que se constituía en el tercer descriptor con más notificaciones y en el primer puesto de notificaciones acudiendo a una *ratio* área/descriptor.

Como concluyeron tanto los investigadores como los informadores claves y testigos de estos casos, detrás de casi todas las notificaciones que se pudieron detectar se encuentran reglamentos o normativas relativas al acceso a los recursos, en los que se refleja como criterio de exclusión a los mismos el padecer “enfermedad infecto-contagiosa” u otras similares. En ocasiones, ni siquiera hace falta este requisito formal, sin embargo se da por supuesto por los propios profesionales, como relataba por ejemplo uno de los informes recibidos de uno de los informadores clave de la investigación, acerca del intento de exclusión de un usuario de un Albergue Municipal al intentar incorporarse a un programa de empleo como carnicero.

Situaciones muy similares también fueron objeto de investigación en otro tipo muy diferente de servicios de ocio, deporte o culturales, llegando a contabilizar hasta 26 notificaciones de denegación o restricción en el acceso y disfrute de otros servicios públicos como instalaciones deportivas, medios de transporte público, servicios funerarios y diversos tipos de instalaciones lúdicas. De nuevo, detrás de casi todas ellas se encontraba una real o hipotética situación excepcional para el acceso o el uso pleno respecto de las enfermedades de estatuto “infectocontagioso” o similares.

Con anterioridad a la elaboración de Informe FIPSE, donde se pudieron constatar estas cuestiones, ya se habían podido sustanciar algunos casos ante los tribunales en este sentido, sobre todo con respecto al acceso o permanencia en el puesto de trabajo, tanto en la función pública como en el sector privado. Algunos de estos casos, por la relevancia de su argumentación jurídica a efectos del presente dictamen, se desarrollan y exponen más adelante.

Por último, recientemente el Justicia de Aragón a petición de OMSIDA, y con el apoyo técnico de la *Clínica Legal para personas con VIH/sida*, ha admitido a trámite con fecha de 5 de Noviembre y número de Expte. DI- 1069/2007-6, una serie de quejas acerca de la exclusión de personas seropositivas al VIH en el acceso a recursos residenciales para mayores en Aragón, tanto en el sector público, como privado, como concertado, para lo que ha librado una petición de información al Departamento de Servicios Sociales y Familia ante estos casos.

2. Antecedentes de Derecho

Efectivamente, como afirma la declaración de reivindicaciones activas de CESIDA, estas situaciones se deben a una normativa que establece determinadas situaciones especiales a personas que viven con enfermedades que se califican “infecto-contagiosas”, aunque como veremos no sólo se utiliza esta fórmula. Así, podemos destacar en primer lugar el establecimiento de condiciones y requisitos en convocatorias a becas, empleos públicos o profesiones intervenidas, como por ejemplo la licencia de taxi. Así, el artículo 31 Decreto 74/2005 de la Comunidad de Madrid, sobre el transporte público en vehículo privado de viajeros, exige para acceder a la licencia de conductor de auto taxi acreditar “b. que no padece enfermedad infecto-contagiosa”.

Ciertamente, el derecho a la intimidad y la autonomía del paciente son de aplicación a las relaciones sanitarias también cuando éstas se sitúan el ámbito laboral. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece, entre los principios básicos de su artículo 2, el respeto a la intimidad de la persona humana -que junto con la dignidad y el respeto a la autonomía de la voluntad, “orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”-, y el consentimiento que debe ser, con carácter general, previo a toda actuación en el ámbito de la sanidad.

Sin embargo, cuando se trata de los exámenes médicos en el ámbito de la empresa, la relación sanitaria queda ‘enturbiada’. Efectivamente, por lo que se refiere al Empleo y las relaciones laborales en la empresa privada, aunque nunca se menciona expresamente que se procederá a realizar el análisis de detección del VIH en concreto (y a pesar de que la prueba sólo es lícita si se realiza con el consentimiento del paciente), muchas normas, nacionales y autonómicas –como apuntaremos a continuación–, estipulan la realización de revisiones médicas con distinto alcance, por lo que las pruebas del VIH podrían quedar incluidas de forma soterrada, y sin necesidad de realizar, una interpretación demasiado amplia de las normas, lo que se confirma en la realidad. Es importante, al respecto, tener en cuenta que en el ámbito laboral, a diferencia de lo que sucede en materia penal, y en presencia de alguno de los factores en relación con los cuáles la discriminación está prohibida en nuestro ordenamiento, recae sobre el empresario la obligación de probar que el despido se ha producido por causas distintas de este factor, precisamente. En el caso del VIH, el factor en juego es el de enfermedad. En el siguiente apartado, tendremos ocasión de presentar alguna jurisprudencia al respecto.

Incluso a través de cláusulas que paradójicamente en el espíritu de la norma se establecieron a favor del derecho a la salud del trabajador. Así, cuando la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y el Real Decreto 39/1997, de 17 enero (ambos con sus modificaciones subsiguientes) establecen la necesidad de conocer el estado de los trabajadores de especial sensibilidad en función de sus circunstancias biológicas (artículo 25).

De esta manera, muchas normas de alcance nacional o autonómico estipulan la realización de revisiones médicas con distinto alcance. Algunas con el consentimiento del trabajador, y hasta señalándolas como un derecho, y otras hasta como una obligación y la negación a los mismos constituye falta grave. En el medio quedan casos donde no queda claro si las revisiones son obligatorias o constituyen un derecho. Lo mismo sucede con el alcance de las pruebas y revisiones.

Generalmente son pruebas anuales, algunas se refieren al desempeño profesional, con gran ambigüedad, o directamente no se dice nada, y en otras se mencionan estudios en

general (de sangre, de orina, etc.). Por lo que en la mayoría de las ocasiones dependerá de la aplicación e interpretación de las mismas que se realice en la práctica, y en este sentido los Convenios Colectivos resultan en muchas ocasiones vagos e indefinidos, incluso con el mismo carácter voluntario del examen médico. Puede servir de ejemplo el Convenio Colectivo de Enseñanza Privada (Resolución TRI/3610/2004, de 18 octubre, Dirección General Relaciones Laborales, DO. Generalitat de Catalunya 5 enero 2005, núm. 4295). Esta norma dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector de la enseñanza privada de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el año 2005 (código Convenio número 7900575). Menciona revisiones periódicas voluntarias, pero no queda claro cuáles estudios incluiría, aunque considera que las enfermedades infectocontagiosas crónicas son enfermedades profesionales.

Incluso encontramos un espacio tan señalado como el de los trabajadores deportivos que establecen la obligación de confesar las enfermedades (del tipo que sean) bajo sanción de falta grave -en otras, también, se considera falta grave cuando no se realice la adecuada prevención de las mismas-. (vid. como ejemplo el Convenio Colectivo de Fútbol: Resolución de 29 junio 2000, Dirección General Trabajo, BOE 19 julio 2000, núm. 172. Añade como Anexo V al Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional (RCL 1998\1701) el Reglamento General de Régimen Disciplinario Laboral (código Convenio número 9902305).

Por otro lado, también este tipo de cláusulas (“enfermedad crónica”, “enfermedad infectocontagiosa crónica”, “enfermedad infectocontagiosa que suponga grave daño para la salud”, “pacientes infecciosos”, “enfermos infectocontagiosos”) permiten dar cobertura normativa a prácticas que atentan contra el derecho a la intimidad (y no sólo contra el principio de autonomía), ya que a pesar de que establecen ciertas salvaguardas respecto de la confidencialidad, en algunas de las normas comentadas se mencionan ciertos registros al efecto, el seguimiento individualizado de la persona afectada, y hasta la obligación de confesar las enfermedades bajo sanción de falta grave.

En materia de extranjería, y a pesar de que el artículo 9 REAL DECRETO 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social., prevé que solo se podrá pedir certificado médico que acredite no padecer ninguna de las enfermedades objeto del Reglamento Sanitario Internacional, todavía algunos consulados de España, como el de México exige Certificado Médico de Buen salud, y de que no se padezcan enfermedades mentales, cuarentenales infectocontagiosas y drogadicción⁵. Semejantes cláusulas aparecen en relación con la actividad del servicio de cooperación educativa de la Embajada en Estados Unidos..

Sin embargo, donde es más frecuente y llamativa esta situación, es, sin duda en la reglamentación de recursos sociales de muy diverso tipo. Por ejemplo en las Residencias de Ancianos. De esta manera encontramos ejemplos normativos en todos los niveles del Ordenamiento jurídico español, desde el ámbito competencial estatal al municipal.

Así, el Instituto Nacional de Servicios Sociales, en su Resolución de 26 de agosto de 1987 (BOE: 1 octubre 1987), que regula el Régimen de ingresos, traslados y liquidación de estancias en los Centros Residenciales para la Tercera Edad. Señala en su artículo 3.1, que establece los requisitos a exigir a los beneficiarios:

“Podrán ser beneficiarios de los centros residenciales del INSERSO para la tercera edad, las personas que reúnan los requisitos siguientes: 3.1 Haber alcanzado la edad de sesenta años. 3.2 No padecer enfermedad infecto-contagiosa, enfermedad crónica en Estado terminal o enfermedad clínica que requiera atención imprescindible en centro hospitalario”.

Una normativa que también se aplica a las plazas concertadas, tanto de residencias de ancianos como para servicios residenciales para discapacitados, a través de la Orden del Ministerio de Asuntos Sociales de 7 de julio de 1989 por la que se regula la acción concertada del Instituto Nacional de Servicios Sociales en materia de reserva y ocupación

⁵ (vid. <http://www.mae.es/MAEC-PORTAL/templates/CmsTmpTSW.aspx?NRMODE=Published&NRORIGINALURL=%2fConsulados%2fMexico%2fes%2fMenuPpal%2fServicios%2bespec%25C3%25ADficos%2bde%2bConsulado%2fTr%25C3%25A1mites%2b%2ben%2be%2bConsulado%2f&NRNODEGUID=%7bA85FD486-6C20-493F-BE97-5358D2DA0154%7d&NRCACHEHINT=Guest#visados>),

de plazas en centros residenciales para la tercera edad y minusválidos. (BOE n. 165 de 12/7/1989) en su punto sexto, sobre los beneficiarios de las plazas, prevé que:

“ 1. los beneficiarios de las plazas concertadas, que serán designados por el INSERSO, habrán de ser beneficiarios del sistema publico de pensiones y reunir los demás requisitos exigidos por la normativa vigente en materia de ingresos, traslados y permutas en centros residenciales del INSERSO para la tercera edad y minusválidos”.

Con la transferencias de servicios, o directamente por asimilación de la normativa estatal preexistente, según la base de datos del IMSERSO, se exige no padecer enfermedad infecto contagiosa para poder utilizar los servicios residenciales de las CCAA de Castilla y León, Galicia, (Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Orden 2328/2005, de 22 de diciembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se regula la concesión de ayudas individuales para el acogimiento familiar de personas mayores. artículo 2. 6 y 17. 6 artículo 5. 1. c), Castilla La Mancha (Orden de la Consejería de Bienestar Social de 26 de Noviembre de 1998, por la que se regulan los servicios gerontológicos de día).

De igual modo, en el ámbito local, existen cláusulas similares en la Diputación de Segovia o la Diputación de Cádiz para acceder a servicios residenciales geriátricos.

Asimismo, en el acceso a servicios mucho más recientes como el termalismo o el turismo para la tercera edad, aparece condicionado en el mismo sentido. Y de nuevo tanto a nivel Nacional (Programa de termalismo social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO) como autonómico. Es el caso de Navarra (Orden Foral 78/2000, de 28 de noviembre, del Consejero de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se convocan plazas del Programa de Balnearios Tercera Edad, promovido por el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud en el año 2001 hasta 2005 Resolución 5144/2004, de 30 de noviembre, del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social, por la que se convocan plazas del Programa de Balnearios Tercera Edad, para el año 2005), Extremadura (consejería de bienestar social, orden de 10 de marzo de

2006 por la que se convocan plazas subvencionadas del programa de balneoterapia para personas mayores en la Comunidad Autónoma de Extremadura, para el año 2006.

O incluso los programas de vacaciones invernales, como en Castilla La Mancha, incorporan la cláusula de no padecer enfermedad infecto contagiosa (Orden de 8, de Noviembre de 2006 de la Consejería de Bienestar social de CLM que regula y convoca el programa anual (2007) de Turismo Social [artículo 2. 1. b])).

Igualmente podemos encontrar casos de normativas llamativas como los servicios públicos de guardería (Reglamento Guardería Ayto Bernardos, en la Provincia de Segovia)⁶

O en todo tipo de recursos sociales como albergues, residencias y otros recursos de cobertura del derecho a la vivienda. Así, algunas normas establecen como requisito para los usuarios “no padecer enfermedad infecto-contagiosa ni cualquier otra que requiera atención permanente y continuada en centro hospitalario”. Esta fórmula genera sin duda la posibilidad de interpretaciones que pueden perjudicar a las personas con VIH. Por agotar un marco normativo, en la Comunidad Autónoma de Madrid, esto se encuentra así previsto en el Decreto 72/2001, de 31 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula el régimen jurídico básico del Servicio Público de Atención a Personas Mayores en Residencias, Centros de Atención de Día y Pisos Tutelados, (artículo 3); la Orden 1377/1998, de 13 de julio, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, por la que se regula la tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en Centros Residenciales de atención a Personas Mayores que integran la red pública de la Comunidad de Madrid (artículo 3); la Orden 597/1999, de 23 de diciembre, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, sobre naturaleza y objetivos del servicio público de atención de ancianos en Centros de Día y procedimiento para la tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas (artículo 5); la Orden 368/2003, de 1 de abril, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, por la que se regula la admisión de usuarios en los pisos tutelados para personas mayores (artículo 3); el acceso a servicios residenciales para personas con discapacidad psíquica (Decreto

⁶ BOP, 17 de Octubre, artículo 7. No padecer enfermedad infecto contagiosa.

271/2000, artículo 6.5) al igual que tanto servicios residenciales como de día para persona con discapacidad física y/o sensorial (Decreto 1458/2000, artículo 3.1.1. e y 5.3).

Y en el marco de las competencias estatales, esto se encuentra así previsto en la Orden de 13 de enero de 1989, del Ministerio de Asuntos Sociales, por la que se regulan los Centros de Acogida a Refugiados y Asilados, cuyo artículo 4 prevé como requisito para ser acogidos no padecer enfermedades infectocontagiosas o trastornos mentales que puedan alterar la normal convivencia en el Centro.

En todo caso, como tendremos ocasión de mostrar, en nuestro Ordenamiento, la previsión de la cláusula no es, en sí, inconstitucional, la cuestión está en cómo la aplica el operador jurídico encargado de administrar el recurso esta norma,. Así, el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de la sala de lo social 1347/2005 [F.J. 2º] (Ponente: LUIS GIL SUAREZ), reconoce, sin establecer distinciones entre VIH y Sida, que se trata de una enfermedad infectocontagiosa, (junto con la hepatitis y la tuberculosis) como justificación para recibir el plus de peligrosidad en ejecución del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía (LAN 1996\466) (STS 756/2004 de los Social, PONENTE: MARIANO SAMPEDRO CORRAL). En este caso, no se trata de generar exclusiones, sin embargo, la utilización de la cláusula resulta estigmatizadora y contribuye a reforzar ese uso ilegítimo y discriminatorio de la misma que motiva el presente informe.

En el mismo sentido estigmatizador, en el ámbito penal, igualmente la STS 1593/2001 (F.J 5º), identifica seropositividad al VIH, padecimiento de sida y enfermedad infectocontagiosa. Esta identificación procede de una línea jurisprudencial de las reclamaciones de principios de los 90 (STS SENTENCIA de 18 de Noviembre de mil novecientos noventa y uno. Rec. 353/1990) que consideran la transmisión del VIH como transmisión de enfermedad infecto-contagiosa de carácter crónico, aunque originalmente lo fuera a efectos de prestaciones como las indemnizaciones frente al Estado o acceso a medicamentos.

Como hemos visto más arriba, la cuestión más relevante desde un punto de vista jurídico, no es la inclusión del VIH entre las enfermedades infectocontagiosas – expresión

que, como veremos, carece de un significado médico preciso- sino las consecuencias jurídicas vinculadas al uso de esta calificación.

Por lo tanto, además de revisar la calificación que se hace en Derecho, resulta necesario controlar el modo en que se está usando. Lo contrario sería cerrar la cuestión en falso, ya que las mismas consecuencias discriminatorias podrían conseguirse desde un cambio de calificación del VIH que llevase a definirlo jurídicamente como enfermedad transmisible o infectotransmisible, o solo infecciosa.

Aunque un primer paso es estudiar el significado y sentido de dicha cláusula y si el uso de otras que aparecen en las normas podría alterar los riesgos de discriminación y estigmatización que conlleva para las personas que viven con VIH.

3. Sobre el Carácter Infectocontagioso del VIH/Sida: infección, transmisión y contagio.

El VIH es el agente infeccioso determinante del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que, según el Comité Internacional de Taxonomía de Virus (ICTV) se incluye en el género Lentivirus, en cuadrado en la subfamilia Orthoretrovirinae, de la familia retroviridae.

Según la evidencia científica y el consenso académico y clínico, la infección por VIH se transmite por tres vías:

A. Sexual. A través de un acto sexual sin protección, la transmisión se produce por el contacto con secreciones infectadas con la mucosa genital, rectal u oral de la otra persona.

B. Parenteral. A través del contacto con sangre infectada por el virus, cuando esta penetra en el corriente sanguíneo no infectado.

C. Vertical. De madre a hijo, durante las últimas semanas de embarazo, el parto o el amamantamiento.

Esta evidencia científica también se ha asumido por nuestro Ordenamiento jurídico a través de una amplia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷.

Respecto de la perspectiva médica, aunque históricamente se puede apreciar una distinción en la clasificación entre enfermedades contagiosas (la especie de enfermedades que se transmitían por contagio, o contacto [roce íntimo o personal]) y enfermedades transmisibles (la especie de enfermedades que se podían difundir sin necesidad de contacto físico, sino por el aire –las famosas *miasmas* de la medicina griega-), en la actualidad no hay un consenso acerca de un catálogo estricto de enfermedades transmisibles, como tampoco lo hay de contagiosas. Como veremos en ambos casos, se trata, en este caso, de construcciones normativas.

Si acaso, como veremos, contemporáneamente, en el lenguaje natural se entiende por enfermedades transmisibles, aquellas cuya infección es susceptible de comunicación, y por lo tanto se confunden ambos tipos, quizás, debido a la dificultad de deslindar cuales son susceptibles de transmisión casual y cuales de contagio directo.

Por el contrario, médicamente, a estos efectos si nos remitimos a la clasificación que se ha hecho universal: la Clasificación Internacional de Enfermedades, 9ª versión⁸ (en adelante, CIE-9), solo existe una categoría relevante de enfermedades a este respecto, que son las enfermedades infecciosas, es decir, las patologías que se caracterizan por ser una infección, dentro de las cuales cada una tiene sus vías de transmisión, que, a su vez, pueden ser objeto de clasificación o sistematización. Así, el en Volumen IV del Manual del Usuario. Norma de Codificación (4ª edición) que desarrolla la CIE-9, la clasificación que se ofrece del VIH es como una enfermedad infecciosa (identificada con el número 042)⁹. E igualmente, además se ha aclarado la aplicación de esta normativa en nuestro Sistema Nacional de Salud en el Boletín número 12 (Febrero, 1999) de la Unidad Técnica de la CIE-9-MC para el Sistema Nacional de Salud (pp. 5 y 6)..

⁷ Vid. las anteriormente citadas, entre otras.

⁸ <http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/clasifEnferm/instrucNorma.htm>

⁹ <http://www.msc.es/estadEstudios/ecie9mc/webcie9mc/webcie9mc.htm>

De manera coherente con las indicaciones y clasificación internacional de las enfermedades, el artículo 5.1.1 Real Decreto 1030/2006, de 15 de octubre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y que aplica la CIE, se refiere al VIH como enfermedad infecciosa. En un ámbito muy concreto, como el acceso a determinados puestos de trabajo tanto en la función pública como en la empresa privada, el Real Decreto 944/2001, de 3 agosto, que aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, en desarrollo y aplicación de la CIE, también recoge el VIH/SIDA como enfermedad infecciosa (sección 1, pars. 3 a 6). El Apartado XI del Anexo del Real Decreto 2487/98, de 20 de Noviembre, que regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, también en desarrollo y aplicación de la CIE, regula el padecimiento del VIH como enfermedad infecciosa.

Igualmente, en una materia puramente de Salud Pública, el Real Decreto 1088/2005, de 16 septiembre, del Ministerio Sanidad y Consumo (BOE 20 septiembre 2005), que regula los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, también trata el VIH como enfermedad infecciosa.

No obstante, también es bastante frecuente la clasificación del VIH bajo la etiqueta de enfermedad transmisible en nuestro Ordenamiento Jurídico. Posiblemente, podemos centrar esta denominación a partir de la importante Resolución del Consejo de la Unión y de los Ministros de Sanidad 92/C 326/01, de 13 de noviembre, sobre el control y la vigilancia de las enfermedades transmisibles, y que justifica y marca las líneas de intervención conjunta comunitaria sobre enfermedades transmisibles incluye el VIH/Sida entre las mismas de manera explícita. No obstante, también encontramos antecedentes en nuestro Ordenamiento jurídico. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública el artículo 3 señala que “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Siguiendo esta

línea, por ejemplo, el artículo 219 del Reglamento Penitenciario especifica el establecimiento de medidas epidemiológicas respecto a enfermedades transmisibles (previsión normativa a partir de la que se realizó el *Programa de Prevención y Control de la Infección por VIH en el Medio Penitenciario*, del Ministerio del Interior del año 2000).

De la misma manera se establece para el acceso y disfrute de recursos sociales específicos, como podemos comprobar al leer los Requisitos generales de ingreso en el Centro de daño Cerebral, establecido en la ORDEN TAS/55/2002, de 8 de enero, por la que se crea el Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral:

“Cuarto.

1. Ser beneficiario del sistema de la Seguridad Social o tener derecho a las prestaciones de Servicios Sociales, en virtud de Ley o Convenio Internacional.
2. Ser mayor de 16 años y menor de 45.
3. Estar afectado de daño cerebral sobrevenido y no progresivo de cualquier origen.
4. No padecer enfermedad transmisible, en fase activa, que pueda poner en riesgo la salud de los usuarios y personal del Centro

Del mismo modo, el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, de creación de la Red de Vigilancia epidemiológica, fundado en la recomendación de la citada anteriormente Resolución del Consejo de Ministros de la Unión, parece que refiere a algunas Enfermedades (infecciosas) transmisibles, pero no todas. Sin embargo, creemos que en esta norma se puede apreciar el defecto que caracteriza nuestra legislación en la materia, ya que se evidencia el problema y la confusión, porque la Resolución del Consejo 92/C 326/01, que según declara el mismo Real Decreto constituye la base generatriz del mismo, se refiere como ya hemos señalado a enfermedades transmisibles, es decir a un tipo de enfermedades infecciosas. Sin embargo esta norma reglamentaria no sólo se refiere al “control de los procesos transmisibles”, sino también de “otros procesos agudos de interés sanitario”, en donde de manera indirecta introduce por vía reglamentaria el control epidemiológico sobre el VIH. Con esta cláusula tan abierta se deja en manos de la facultad normativa reglamentaria del Poder Ejecutivo la posibilidad de extender con bastante flexibilidad y facilidad el objeto de estas técnicas.

Puede ser que esta confusión provenga del Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinsectación, de 26 de julio de 1945. En este lejano texto reglamentario, a pesar de que la Ley de Sanidad Nacional, de 25 de Noviembre de 1944, de la que emana, solo habla de enfermedades infecciosas, su desarrollo reglamentario en este Real Decreto, pasa de hablar de enfermedades infecciosas de declaración obligatoria en el artículo 1 a enfermedades infecto-contagiosas en el artículo 2, a las que ya se les otorga un estatus jurídico, de lo que cabe deducir que las enfermedades infecto-contagiosas son aquellas que normativamente se califican previamente como de declaración obligatoria. De hecho, la Disposición Final 5^a de la Ley General de Sanidad, prevé el mandato al legislador de refundir, regularizar, aclarar y armonizar, de acuerdo con los actuales conocimientos epidemiológicos, técnicos y científicos, con las necesidades sanitarias y sociales de la población y con la exigencia del sistema sanitario, una serie de disposiciones normativas entre las que se encuentran estas. Un mandato que no se ha realizado a la perfección, sino por vía indirecta a través de este Real Decreto 2210/1995.

Por ello, en ausencia de marco normativo, para aclarar toda esta cuestión no podemos utilizar el que ha de constituir el principal y primero de los criterios de interpretación de las normas jurídicas que es el criterio gramatical, es decir el sentido propio de las palabras en el lenguaje natural, conforme al artículo 3.1 del Código Civil.

De esta manera, «Infectocontagioso» que, como hemos visto, es la denominación más frecuente y a la vez la más problemática, ya que no se refiere a una categoría científico-técnica concreta, no aparece como palabra admitida por el DRAE. Sin embargo, librada una consulta a la Real Academia de la lengua, el Departamento de Español al día, reconoce la actualidad y corrección de la expresión a través de la siguiente comunicación que reproducimos en su integridad:

“El compuesto objeto de su consulta, en el que el primer elemento (*infeccioso*) adopta la variante en *-o infecto-*, por analogía con la existente para algunos vocablos que se basa en su forma clásica (griega o latina), se considera morfosemánticamente bien formado. Desde el punto de vista gráfico, debe escribirse en una sola palabra, *infectocontagioso*, voz que, de hecho, se prevé incluir en la próxima edición del *Diccionario* académico. Sin embargo, el *Diccionario del español actual* (Seco, Andrés y Ramos; Aguilar, 1999) define la voz *infectocontagioso* como

'[enfermedad] infecciosa contagiosa' y, en una segunda acepción, 'que padece una de estas enfermedades'".

Si nos remitimos a los componentes o elementos originales, que además dan pie a expresiones legales relevantes en este problema o pueden dar lugar a ellas, según el Diccionario de la Real Académica Española de la Lengua (en adelante, DRAE) «infectar», (del lat. *infectāre*). Tiene los siguientes significados posibles reconocidos:

1. tr. Dicho de algunos microorganismos patógenos, como los virus o las bacterias: Invadir un ser vivo y multiplicarse en él.
2. tr. Corromper con malas doctrinas o malos ejemplos. U. t. c. prnl.
3. prnl. Dicho de un ser vivo: Resultar invadido por microorganismos patógenos.

Respecto de «contagiar», (De contagio).

1. tr. Transmitir una enfermedad a alguien. U. t. en sent. fig.
2. prnl. Adquirir por contagio una enfermedad. U. t. en sent. fig.

Si acudimos a la definición de contagio, se puede confirmar la tesis del origen histórico de la expresión, puesto que la RAE señala que significa en su primera acepción “la transmisión por contacto mediato o inmediato de una enfermedad específica”. Sin embargo, también resulta de destacar el hecho de que el DRAE admite que el adjetivo de «contagioso» puede referirse a la cualidad de “que se pega o propaga fácilmente”, incluso figurativamente “que se comunican con el trato”. En este sentido cabría preguntarse si en esas normas que dan lugar a las actuales categorías normativas de las enfermedades objetos de control por razones de salud pública no hay detrás un uso poco adecuado de las palabras, que roza el uso figurativo y que es especialmente grave cuando uno de sus aplicaciones puede ser posibles restricciones de derechos o al acceso y disfrute pleno de bienes y servicios públicos.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Hemos mostrado en el apartado anterior, cómo la aplicación de las distintas cláusulas sobre enfermedades infectocontagiosas, y similares, ampara situaciones que limitan el acceso a servicios y el uso de espacios públicos por razones de salud pública a quienes viven con VIH.

1º. ONUSIDA, como prefacio al documento que resultó de la “Tercera Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos” -por el que se revisa la Sexta directriz internacional- señala que “privar de sus derechos a las personas que viven con el VIH, y a los afectados por la epidemia, no sólo pone en peligro su bienestar, sino también la vida misma”. Además, mantener los usos actuales que llevan a que el VIH se maneje de hecho como una enfermedad de transmisión causal, resulta contrario a la Tercera directriz que contiene un llamamiento a los Estados para analizar y reformar la legislación sanitaria para que se preste suficiente atención a las cuestiones de salud pública planteadas por el VIH, a fin de que las disposiciones sobre enfermedades de transmisión casual no se apliquen indebidamente al VIH y que dichas disposiciones concuerden con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

En el desarrollo de la Tercera directriz, se contemplan las medidas que suponen una mayor vulneración de derechos -tales como el aislamiento, el encarcelamiento y la cuarentena-, pero la mentalidad que inspira la actuación de la ONU, permite afirmar que también las restricciones a determinados servicios supone una aplicación indebida al VIH de las disposiciones sobre transmisión causal.

No en vano, el Protocolo para la identificación de discriminación de las personas que viven con VIH, establece como indicador de discriminación la “denegación o restricciones en el acceso a otras instalaciones y servicios públicos (por ej., servicios funerarios, transporte o instalaciones lúdicas y deportivas) por razón del estado serológico respecto al VIH/SIDA”

2º. La subsistencia de discriminación supone, en sí, una situación contraria a los derechos fundamentales, pero, además, en función del servicio al que se niegue el acceso,

puede suponer una privación del derecho concreto en cuestión. Por esta razón, se trata, además, de un resultado contrario al Derecho español.

Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución española establece el principio de igualdad y prohíbe la discriminación por razón de “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El principio de igualdad recogido en el artículo 14 tiene distintos significados en su aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y asume, asimismo, una dimensión formal y una dimensión material.

A) Si entendemos la igualdad en su aspecto formal, podemos hablar, en primer lugar de igualdad ante la ley como generalidad. En este caso, se apunta hacia la generalidad y la abstracción de las normas jurídicas como una consecuencia de la igualdad.

El principio de igualdad ante la ley como igualdad de procedimiento supone una garantía de que las normas jurídicas sean aplicadas a todos por igual (aparece, por ejemplo en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1988).

El artículo 14 impone también la igualdad de trato formal como equiparación y como diferenciación. En el primer caso, opera imponiendo un trato igual a pesar de que existan circunstancias diferentes. Es de aplicación a la situación ante el que nos encontramos cuando se deniega el acceso a servicios a una persona por razón de su seropositividad al VIH, a pesar de que el disfrute del servicio no vaya asociado a la realización de prácticas que puedan implicar la transmisión (el Tribunal Constitucional lo utiliza en la Sentencia 66/1994 para extender la pensión por viudedad a los viudos).

La igualdad de trato formal como diferenciación permitiría un tratamiento diferenciado en circunstancias en las que existen diferencias relevantes. Para que la exclusión en el caso que nos ocupa estuviera justificada, debería haberse efectuado un juicio sobre la relevancia de la diferencia.

B) Pero además de estas implicaciones de la igualdad para la organización del Derecho y de su aplicación, el artículo 9.2 de la Constitución establece que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que

impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Este precepto se basa en la idea de que la insistencia en la igualdad formal si prestar atención a los resultados de la aplicación del Derecho, contribuye a prolongar en el tiempo situaciones de desigualdad real. Lleva a considerar que es adecuado perseguir la igualdad de los hombres también en la realidad de las relaciones sociales. En cierto modo, la reflexión de la igualdad sustancial justifica actuaciones contradictorias con la igualdad formal.

También se puede hablar de una igualdad de trato material, que supone tener en cuenta las circunstancias materiales para determinar si el tratamiento debe ser específico para favorecer la equiparación (tratamiento de los derechos de la mujer) o para favorecer las diferencias (minorías culturales).

Los derechos que se fundamentan en la igualdad material no se aceptan sin crítica, sin embargo, el que los hombres elijan y persigan libremente la realización de planes de vida depende también de que sean capaces de hacerlo.

Desde este punto de vista, en los últimos años, en nuestro contexto, se han introducido distintas medidas normativas, orientadas a eliminar la discriminación, que tienen en cuenta la distancia que en ocasiones, como en relación con el VIH, se produce entre las declaraciones formales de igualdad y la situación real a la que se enfrentan personas que forman parte de determinados grupos. Es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; o de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de Dependencia; y de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

3º. Un tratamiento diferente no justificado supone una discriminación, aunque se realice bajo cobertura legal, ya que en la aplicación de la norma será necesario justificar esa diferencia. En el Protocolo para la identificación de discriminación contra las personas que viven con el VIH se define la discriminación como “cualquier forma de distinción,

exclusión o restricción que afecte a una persona, en general, pero no exclusivamente, por razón de una característica personal inherente, con independencia de que exista o no justificación para tales medidas y que no esté justificada en cuanto a propósito, proporcionalidad y efectos”.

Asimismo, se suele hacer referencia a diferentes tipos de discriminación. La discriminación puede ser tanto por acción como por omisión, de tal forma que el resultado discriminatorio puede ser consecuencia de una acción o de una omisión; este último sería el caso en el que, por la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas que forman parte de los grupos identificados, sean necesarias ciertas medidas y no sean adoptadas, generando de ese modo una situación de desigualdad con el resto de personas en el acceso a los derechos fundamentales. Se trata de un problema de igualdad de trato material como diferenciación.

También a efectos de valorar la corrección de la situación a la que nos enfrentamos es importante determinar si la discriminación es directa o indirecta. La discriminación directa es aquella que se basa explícitamente en características de los individuos. La indirecta es definida como cualquier práctica, norma, requisito o condición que sean neutros pero que tengan el efecto de discriminar grupos específicos que no puedan atenerse a dichas reglas. Se trata, por tanto, de requisitos, normas o prácticas que sean *aparentemente* neutros, y que puedan ocasionar una desventaja particular a las personas que forman parte de alguno de los grupos identificados. En Derecho español la figura de la discriminación indirecta se introduce en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, con ocasión de un recurso de amparo en relación a una discriminación salarial por razón de sexo.

La discriminación que resulta de la aplicación de las medidas sobre enfermedades infecciosas sin tener en cuenta las vías de transmisión es en ocasiones el resultado de un comportamiento activo. Es el caso del conflicto resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 que resuelve el recurso 56/2002 presentado frente a la exclusión en un procedimiento de acceso a un puesto de trabajo. El recurrente se había presentado a una plaza de funcionario de

instituciones penitenciarias y había sido excluido por su seropositividad al VIH, sin que constasen las dificultades que en su caso concreto la infección podría suponer para la realización de su puesto de trabajo. El motivo que se alega para la exclusión es ‘presentar enfermedad transmisible en actividad que...limita o dificulta el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias’. El problema para la Audiencia no es la previsión de la exclusión así formulada, sino el modo en el que se ha aplicado (podría tratarse de un supuesto que justificase un diferente tratamiento).

En un primer grupo de consideraciones se plantea si la infección por VIH puede suponer un riesgo para la convivencia y concluye que: “la infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social”. Y añade “que los mecanismos de transmisión del VIH son bien conocidos: relaciones sexuales con penetración sin protección, inoculación de productos sanguíneos con el VIH o transmisión materno-fetal”.

En definitiva, parece que, puesto que sólo estos comportamientos presentan riesgo, sólo es posible limitar derechos de las personas que viven con VIH cuando el disfrute del servicio al que se pretenda acceder implique estos comportamientos.

Además, en relación con el desempeño de una relación laboral, afirma esta sentencia que “la valoración del potencial impacto físico y mental de la infección por VIH, ésta debe de ser individualizada para cada paciente...”.

Por su parte, y también en el ámbito laboral, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Castellón 269/2005, de 7 de mayo utiliza la inversión de la carga de la prueba, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, para considerar nulo el despido a un trabajador que vive con VIH. Este supuesto es importante, además, porque se trata de una relación entre particulares en la que los tribunales intervienen porque se produce una discriminación. En definitiva, la discriminación no es producida directamente por el Derecho, pero el Estado español estaría discriminando por omisión si no interviniera en este tipo de comportamientos llevados a cabo por particulares. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la sentencia de Castellón cita: "lo que caracteriza la prohibición

de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente ha estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”, además, “este tipo de situaciones atenta contra la dignidad de la persona, debiendo la sociedad y las empresas esforzarse para facilitar una integración de las mismas, tanto social como laboral sin matices, y no crear trabas para el desenvolvimiento de una vida normal, intentando que a pesar de las propias limitaciones de la enfermedad puedan llevar una vida feliz”. En el caso del VIH, el factor que provoca una reacción más amplia es la ‘enfermedad’ (que junto con la minusvalía y la orientación sexual, han venido a completar en el Derecho español el cuadro constitucional de protección frente a la discriminación).

Desde luego, el principio de igualdad no exige un tratamiento idéntico a todas las circunstancias, ya se ha mencionado como en ocasiones puede requerir un tratamiento diferenciado. Las condiciones para que el tratamiento diferente sea admisible en el Derecho español aparecen reflejadas, por ejemplo, en la STC 209/1988, en la que se cita la jurisprudencia anterior: “ para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias «resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente» (STC 75/1983, fundamento jurídico 2.º). Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una

estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad, es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad”. En definitiva, para que la diferenciación pueda justificarse, es necesario que persiga una finalidad conforme con la constitución, por un lado, y, por otro, que la diferenciación sea proporcional al fin perseguido.

En el caso concreto de la exclusión del acceso a servicios por estar presente el VIH, la protección de la salud de terceros puede justificarse como un fin constitucionalmente admisible; sin embargo, parece que de ningún modo la restricción de derechos es razonable desde el punto de vista de este fin. Indudablemente, tal exclusión no resulta justificable cuando el comportamiento en que consiste la prestación o el disfrute del servicio no representa riesgos. Tampoco sería favorable el juicio de proporcionalidad en caso de riesgo si éste se puede solventar mediante la adopción de medidas de prevención general.

IV.- CONCLUSIONES

A tenor de lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

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

2. En la situación descrita en los antecedentes, claramente nos encontramos ante el supuesto que prevé la Tercera Directriz del Naciones Unidas sobre VIH/Sida y Derechos humanos cuando señala a los Estados que:

“Los Estados deberían analizar y reformar la legislación sanitaria para que se preste suficiente atención a las cuestiones de salud pública planteadas por el VIH/SIDA, para que las disposiciones sobre las enfermedades de transmisión casual no se apliquen indebidamente al VIH/Sida y que estas disposiciones concuerden con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”

3.- En el Derecho español, además, es discriminatoria la privación de acceso a servicios por padecer una enfermedad infecciosa sin tener en cuenta las vías de transmisión, y especialmente si ésta es casual o no. Por lo tanto, la solución pasaría en parte por una mayor determinación de las etiquetas.

4. Para valorar la justificación de la restricción de derechos es necesario un juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

V. PROPUESTAS

En relación con las conclusiones enumeradas en el apartado IV del presente informe, consideramos que sería necesario revisar el tratamiento que de hecho se está dando en relación con el VIH a la cláusula de infectocontagiosas o similares como requisito de acceso a servicios públicos.

En tal sentido, nuestras propuestas son las siguientes:

1. Precisar las condiciones en las que, en general, en relación con cada enfermedad transmisible, y, en particular, en relación con el VIH, procede la restricción del acceso a servicios. Para

conseguir este objetivo, es necesario utilizar dos estrategias complementarias. En todo caso, además, es fundamental diferenciar el régimen de control epidemiológico, de las situaciones de la vida en las que la presencia de la enfermedad supone un riesgo para la salud pública.

La primera de estas estrategias sería el establecimiento de un instrumento normativo que, con carácter general, procediese a una tipificación de las enfermedades desde el punto de vista de las vías de transmisión y de las situaciones en las que su presencia puede suponer un riesgo para la convivencia. Lo que supondría en primer lugar, la unificación de la terminología, en base a la distinción entre enfermedades de transmisión casual y no casual.

Esta técnica de “labeling” legal puede causar efectos secundarios perniciosos al no permitir el ajuste a las nuevas situaciones que puedan producirse, tanto desde el punto de vista médico como social.

La segunda estrategia, supondría una nueva forma de contemplar los requisitos de salud para el acceso a los bienes y servicios. Supondría sustituir una terminología que ha devenido indeterminada por el uso, por conceptos más precisos a los efectos para los que se utilizan y que tengan en cuenta si la transmisión es casual o no y, en este último caso, cuáles son las vías para la misma. En la medida de lo posible deberían evitarse exclusiones genéricas que se incorporen, tal y como viene haciéndose, a la manera de cláusulas de estilo. Y ello a través de dos consideraciones.

En primer lugar, la definición en relación con cada servicio de las exclusiones ha de tener en cuenta, por supuesto, el estado de la ciencia en cuanto al conocimiento de la enfermedad. Dado que las condiciones de acceso suelen revisarse con una corta periodicidad, esta estrategia permitiría adaptar más fácilmente los requisitos a la realidad cambiante.

Un buen ejemplo de esta técnica normativa más respetuosa de los derechos implicados, se encuentran en el ya aludido Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En el Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, artículo 9, se especifica la finalidad del certificado o del reconocimiento médico que puede ser requerido por determinación del Ministerio de Interior: acreditar que no se padecen enfermedades susceptibles

de cuarentena de acuerdo con el Reglamento Sanitario Internacional. Lo interesante de esta previsión es que en todo el resto de información a la que el médico pueda tener acceso, permanece intacto el derecho a la intimidad y el correlativo deber de confidencialidad.

Hay que recordar, además, que en el reconocimiento médico rigen los principios generales de autonomía del paciente a los que también nos hemos referido con anterioridad, por lo que, a demás de su limitación al fin reglamentariamente establecido, las pruebas realizadas deben contar con el consentimiento del paciente.

En segundo lugar, la definición en relación con cada situación de las exclusiones ha de tener en cuenta, además una perspectiva teleológica del establecimiento de ese requisito de salud en la norma. Es decir, no se puede perder de vista cual es el objetivo perseguido por el legislador a la hora de introducir esa restricción. Desde este punto de vista es necesario que junto a la etiqueta que se utilice se ponga de manifiesto la finalidad perseguida. En este caso, el ejemplo lo encontramos en el asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional citada anteriormente, cuando el tribunal puede valorar la justificación de la exclusión del candidato ya que la convocatoria expresamente señalaba que la finalidad de esa exigencia era detectar enfermedades que limiten o dificulten el desempeño de las tareas propias del cuerpo al que se pretende acceder.

2. Tener en cuenta que, en todo caso, la privación del acceso a bienes y servicios puede presentarse como un supuesto de discriminación que, incluso, afecta al ejercicio de derechos fundamentales (en función del o servicio en cuestión) y que, por concurrir uno de los factores, como es la enfermedad, que en nuestro ordenamiento se consideran sensibles, ha de contemplarse con criterios restrictivos.

Desde este punto de vista, las exclusiones deben realizarse mediante un juicio previo de proporcionalidad y razonabilidad, que siempre es susceptible de revisión.

Para la construcción del juicio de proporcionalidad y razonabilidad, es posible tener en cuenta los criterios establecidos por el artículo 43 del Reglamento Sanitario Internacional (2005), para la aplicación de medidas sanitarias:

- a) principios científicos

- b) pruebas científicas disponibles de un riesgo para la salud humana o, si esas pruebas son insuficientes, la información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales pertinentes
- b) toda orientación o recomendación específicas disponibles en la OMS.

Todo ello, desde el respeto a la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas Esta consideración también viene avalada, en relación con la circulación internacional de personas, por el Reglamento Sanitario Internacional, que considera que las medidas adoptadas por consideraciones de salud pública no han de ser más restrictivas, ni más invasivas, ni más intrusivas, que otras opciones ‘razonablemente disponibles’ que permitan lograr el nivel adecuado de protección sanitaria.

Desde este punto de vista, en el caso del VIH y en relación con la totalidad de los servicios que se han considerado como ejemplos, la solicitud de certificados de no padecer enfermedades infecciosas -que es una medida más intrusiva-, y la privación del acceso -que es más restrictiva-, pueden solventarse si se establecen medidas preventivas de carácter general que permitan salvaguardar la intimidad de las personas y evitar la discriminación.

En este sentido, PROPONEMOS:

- A) Elaboración por parte del Ministerio de Sanidad de una norma que determine un catálogo de enfermedades objeto de especial consideración a los efectos del acceso a bienes y servicios.
- B) En cumplimiento, de la Décima Directriz Internacional sobre VIH/Sida y Derechos Humanos, Elaboración de normas para los sectores públicos y privados y de procedimientos respecto del VIH/SIDA, dirigidos a [§ 42 a)] grupos de profesionales y funcionarios públicos [§ 42 b)]
- C) Es especialmente interesante generar programas de sensibilización del Poder Judicial (Primera Directriz [§21. d]).

Fdo.: Prof^a. Dr^a. D^a. María del Carmen Barranco Aviles Fdo.: Prof. Dr. D. Diego Blázquez Martín