

DOSSIER INFORMATIVO

El VIH no debe ser motivo de exclusión para el acceso y/o la permanencia en el empleo público (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad)

Descripción breve

Datos obtenidos y documentos elaborados por el servicio de Clínica Legal de CESIDA y la Coordinadora Trabajando en Positivo sobre la problemática de las personas con VIH respecto a las barreras de acceso y situaciones de discriminación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

FSC-CCOO, Trabajando en Positivo, CESIDA y FELGTB, creemos necesaria la revisión de las exclusiones médicas que afectan al acceso al empleo público, ya que el Gobierno debe ser ejemplarizante en eliminar cualquier discriminación y estigma que todavía se da entre las personas con VIH en el ámbito laboral.

Para ello presentamos una relación de documentos elaborados por el servicio de Clínica Legal de CESIDA y por la Coordinadora Trabajando en Positivo, sobre la problemática de las personas con VIH respecto a las barreras de acceso y situaciones de discriminación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

- Que es el servicio de Clínica Legal. Datos y resultados obtenidos en los últimos años. CESIDA 2017.
- Que es la Coordinadora Trabajando en Positivo
- Que es FELGTB
- Informe sobre discriminación por razón del VIH: los casos de la clínica legal en 2015. Clínica Legal de la Universidad de Alcalá de Madrid. (2016) (pág. 29-33).
- Informe ¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)??. Coordinadora Trabajando en Positivo (2016). Enlace web:
- Informe sobre preguntas frecuentes (FAQ) sobre derechos de las personas con el VIH y el sida. Clínica Jurídica UVEG (2015) (pág.31-32)
- Informe sobre Asesoramiento sobre VIH y el acceso a los Cuerpos de Seguridad del Estado. Clínica Jurídica de VIH/Sida del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” (2014).
- Informe para dar respuesta a consulta realizada a CESIDA en abril de 2017 sobre barreras de acceso de personas con VIH a las oposiciones para Policía Nacional. Documento elaborado por la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá de Madrid.(2017)

Dicha documentación se adjunta como parte del dossier.

QUE ES EL SERVICIO DE CLINICA LEGAL DE CESIDA

La actividad de la Clínica Legal está dirigida al ámbito del VIH y las desigualdades en salud que se producen por motivos de la infección. El VIH es una infección que mientras permanezca asociada al estigma y la discriminación no puede equipararse a cualquier otra enfermedad, ya que esto provoca importantes desigualdades en la salud de las personas afectadas, desigualdades que no se justifican con las evidencias científicas actuales y que pueden ser evitables. Por tanto, desde el ámbito del derecho se concibe que las desigualdades en salud injustificadas provocadas por motivo del VIH constituyen una vulneración de derechos a la que hay que dar una respuesta jurídica que trate de restablecer el bien que se está dañando.

CESIDA desarrolla este programa gracias a la colaboración de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá y la Clínica jurídica per la Justícia Social de la Facultat de dret de la Universitat de València.

Este servicio no es equiparable al que corresponde a un/a abogado/a en ejercicio. Ni el alumnado, ni el profesorado, ni los/as tutores/as designados/as para la resolución de una consulta pueden efectuar representación alguna ante órganos judiciales y/o administrativos, ni llevar a cabo otras actividades de litigación o mediación ante cualquier otra persona física o jurídica.

CONSULTAS ATENDIDAS EN EL SERVICIO DE CLINICA LEGAL

AÑO	TOTAL CONSULTAS RECIBIDAS	CONSULTAS SOBRE BARRERAS DE ACCESO/DISCRIMINACION EN FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO	
		ACCESO/DISCRIMINACION EN FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO	PORCENTAJE
2014	93	25	26,88 %
2015	65	16	24,62 %
2016	74	34	45,94 %



Coordinadora estatal
de VIH y sida



QUE ES LA COORDINADORA TRABAJANDO EN POSITIVO

Es una red de 16 entidades presentes en 10 Comunidades Autónomas que trabajan en la respuesta nacional al VIH en España.

Compagina el apoyo a personas en situación de exclusión social para mejorar su empleabilidad, con la sensibilización y concienciación de los agentes implicados en el ámbito laboral. Además, apoya a empresas para mejorar su compromiso social en las áreas de derechos humanos, gestión de la diversidad, igualdad de oportunidades y no discriminación, así como en el área de acción social.

A través de su Campaña de Sensibilización “Eliminando Obstáculos, Construyendo Empleo” realiza un análisis sobre la situación y se plantean propuestas de acción para resolver las dificultades con las que cuentan las personas con el VIH en su acceso al ámbito laboral en España y, en concreto, en las ocupaciones relacionadas con el ámbito sanitario, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la manipulación de alimentos, la atención al público o los servicios de Seguridad Privada.

QUE ES LA FELGTB

La Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales es el referente más importante del movimiento asociativo LGTB de España.

Es, ante todo, un espacio de coordinación e intercambio para el movimiento asociativo LGTB. Es un proyecto común de más de 50 asociaciones, de todo tipo, de ciudades grandes y pequeñas, de casi todas las comunidades autónomas, de estudiantes, de jóvenes, de deportistas, de transexuales, de personas con discapacidad, mujeres lesbianas, bisexuales y transexuales, personas que viven con VIH, creyentes LGTB, migrantes...

Tres son los ejes vertebradores de la FELGTB hasta ahora: la reivindicación de la igualdad legal y el respeto social hacia la diversidad afectivo-sexual, la



Coordinadora estatal
de VIH y sida



sensibilización y denuncia y la formación de las y los activistas de sus asociaciones miembro.

La FELGTB organiza cada año jornadas de reflexión y debate que trabajan temas como la salud y el VIH, la cooperación internacional o la educación, y encuentros de jóvenes, familias, políticas lésbicas, transexuales, bisexuales o creyentes donde definir y compartir estrategias, fórmulas y experiencias. Asimismo ofrece servicios de atención y apoyo a jóvenes y familias LGTB, asesoramiento laboral, coordina la Red Educación de charlas sobre diversidad sexual en centros educativos y vertebra una estrategia de demanda con una voz unitaria que se determina en los Congresos en los que participan las asociaciones miembro cada tres años.



**DISCRIMINACIÓN POR
RAZÓN DEL VIH: LOS
CASOS DE LA CLÍNICA
LEGAL EN 2015**

Miguel Ángel Ramiro Avilés

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Director de la Cátedra Discapacidad,
Enfermedades Crónicas y Accesibilidad a los Derechos
Coordinador de la Clínica Legal
Universidad de Alcalá*

Paulina Ramírez Carvajal

*Becaria de la Cátedra Discapacidad,
Enfermedades Crónicas y Accesibilidad a los Derechos
Universidad de Alcalá
Estudiante del Programa de Doctorado en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid*



Coordinadora estatal
de VIH y sida

RESUMEN

Este informe tiene el objetivo de analizar los casos recibidos en la Clínica Legal de CESIDA durante el año 2015 con el fin de determinar cuántas de estas consultas tratan cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de tener el VIH. De todas las consultas recibidas, casi un 60% son casos en que se ha detectado una situación de discriminación por tener la enfermedad. Los ámbitos en los que existen más casos son el acceso a los empleos públicos (Fuerzas de Seguridad del Estado); el acceso a servicios (contratación de seguros y servicios privados); la confidencialidad de los datos personales y la vulneración del derecho a la intimidad (revelación del estatus serológico y sometimiento a la prueba del VIH).

ABSTRACT

This report studies the cases received in 2015 by CESIDA Legal Clinic in order to set up how many cases are showing discrimination based on HIV. Almost 60% of the cases show up discrimination based on this ground. The scenarios in which there are a large number of cases are the access to public employment (Police and Military); access to services (private insurances and services); confidentiality of personal data and right to privacy (disclosure of health data and mandatory HIV test).

PALABRAS CLAVES

Discriminación, igualdad, enfermedad, VIH, Clínica Legal

KEY WORDS

Discrimination, Equality, Illness, HIV, Legal Clinic

INTRODUCCIÓN

En este informe, elaborado en el marco de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (en adelante CLFD), vamos a abordar el que constituye, sin duda alguna, el tema más importante en el ámbito de los derechos de las personas con el virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH): **la discriminación por razón de tener el virus**. A lo largo de este informe vamos a estudiar las diferentes situaciones en las que se ha producido esta discriminación que van desde el ámbito laboral, contractual y sanitario hasta el ámbito personal o familiar. Asimismo, veremos que la discriminación se ejerce no sólo por personas físicas sino también por personas jurídicas, como podría ser una compañía de seguros, y los distintos organismos que componen la Administración pública.

Para llevar a cabo este análisis se utilizó la metodología propia de las Clínicas Legales por medio de la cual cada consulta era estudiada por alumnos de Grado y Posgrado de Derecho siguiendo un método de trabajo que se encarga de estudiar la teoría del caso y la teoría de la norma. La primera permite reconstruir los hechos y recabar la información relevante. La segunda permite determinar la legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional aplicable, especialmente sobre los artículos 9.2 y 14 de nuestra Constitución los cuales reconocen el principio de igualdad. Una vez realizados estos pasos se redactaba una respuesta o dictamen informando sobre los derechos que le asistían y si existía o no discriminación.

El estudio que presentaremos a continuación se ha realizado sobre 93 casos recibidos en el buzón de correo electrónico de la Clínica Legal de CESIDA durante el pasado año 2015. De esta cifra es importante señalar que no todos los casos constituyen un supuesto de discriminación puesto que en varias ocasiones el usuario que remitió la consulta consideraba que estaba siendo discriminado por tener el VIH pero en realidad no se le había vulnerado su derecho a la igualdad sino que se trataba de la limitación de otros derechos (el 19% de los casos). Asimismo, otras consultas recibidas cuyos remitentes también alegaban ser víctimas de discriminación por tener el VIH no presentaban tal característica ni tampoco constituían un caso de limitación de otros derechos (el 23% de los casos).

Sin embargo, los casos en que sí se ha detectado una situación de discriminación constituyen el 58% del total de las consultas. Los principales ámbitos en los que hemos observado la existencia de discriminación los hemos dividido en tres grupos: aquellos casos que excluyen a las personas con el VIH del acceso a los empleos públicos constituyen el 35% de los casos; aquellos casos en los que tener el VIH funciona como barrera de acceso para disfrutar de ciertos servicios constituyen el 20% de los casos; por último, aquellos supuestos en los que se vulnera la confidencialidad de los datos personales y el derecho a la intimidad por la supuesta obligatoriedad de la revelación del estatus serológico o el sometimiento a la prueba del VIH, los insultos y las vejaciones contrarias al honor de las personas, son supuestos que hemos englobado en el concepto serofobia y constituyen el 44% de los casos analizados.

Entender cuándo hay discriminación y cuándo no conlleva un estudio pormenorizado del principio de igualdad y del mandato antidiscriminatorio que establece la Constitución Española. Es primordial estudiar la base constitucional en la que se asientan estos principios, por este motivo en este informe estudiaremos la

extensión que puede tener el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación de las personas con el VIH; los límites que se pueden establecer al mismo así como las razones que justificarían el establecimiento de un trato diferenciado hacia una persona con el VIH cuando, por ejemplo, estuviese obligada a someterse a pruebas de detección del virus o a revelar su estado serológico; o el poder de disposición que tiene una persona con el VIH sobre su derecho a no ser discriminado por razón de su enfermedad.

Todo ello en un contexto médico y científico en el que las vías de transmisión ya han sido identificadas, se han acordado cuales deben ser las medidas universales de prevención de la transmisión (en adelante MUPT) y los avances en el tratamiento de la infección han dado lugar a una evidencia científica sobre los riesgos de la exposición al virus bajo diferentes circunstancias, llegándose a determinar que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática (<1500 copias/mL) la transmisión prácticamente nunca se produce.

Este tema se va a abordar analizando algunos de los casos que han llegado a la CLFD pues la reiteración de situaciones posiblemente discriminatorias hacia personas con el VIH es constante y las consultas se realizan desde muy distintos enfoques. Es precisamente esta variedad de situaciones la que puede incrementar la importancia que puede tener para las personas con el VIH un informe como este pues **está en juego no sólo su derecho a la igualdad y la no discriminación, uno de los derechos más básicos, sino también el ejercicio de otros derechos** tan importantes como el derecho a la intimidad personal, el derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de profesión, el derecho a la educación, o el acceso a prestaciones tan importantes como los seguros privados, que son, a su vez, la llave de acceso a otros derechos.

Como ya se ha señalado en otros informes elaborados por la CLFD, la sociedad sigue discriminando y estigmatizando a las personas con el VIH por razón de su seropositividad. Las enfermedades epidémicas obligan a hacer una reflexión sobre el impacto en los derechos por varias razones. La primera es que las autoridades pueden afectar los derechos de las personas con medidas que restrinjan la libertad, la autonomía y la privacidad a través de intervenciones de aislamiento, pruebas obligatorias y mapeo de contactos. La segunda es que las enfermedades epidémicas alimentan el ostracismo y el estigma, en particular si se ven afectados comportamientos humanos íntimos (como pueden ser las relaciones sexuales y el uso de drogas). En esos casos, la enfermedad deja de verse como un proceso puramente biológico y comienza a culpabilizarse a las personas por estar enfermas y ser un vector de la enfermedad. La sociedad a menudo exige saber de qué manera las personas han enfermado y si pueden ser un peligro para la salud de otros. Se reclama el ‘derecho a saber’. Por estas y otras razones, las personas con VIH están muy preocupadas sobre el derecho a la privacidad y a la no discriminación (Gostin 2004: 41-43).

Este informe se compone de cuatro partes además de esta introducción. En la primera de ellas explicaremos, a aquellas personas que no están familiarizadas con la CLFD, en qué consiste el trabajo que se hace en una clínica jurídica en el ámbito del VIH y cómo debe ser tratado éste desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad. En la segunda parte abordaremos el significado del derecho a la igualdad y la no discriminación, reconocido en el artículo 9.2 y 14 de la Constitución Española (en adelante CE), y cómo se ha interpretado por la jurisprudencia constitucional. En esta parte se explicará en qué consiste la discriminación por razón de enfermedad y la

posibilidad de realizar tratos diferenciados hacia ciertas personas pues es capital para entender que no caben tratos discriminatorios de ningún tipo hacia ninguna persona pero sí pueden darse tratos diferenciados mientras que estén justificados. Esto es, la consecución de la protección de la salud pública o de la salud e integridad física de terceras personas también podría lograrse adoptando medidas menos restrictivas o lesivas del derecho a la igualdad. La tercera y última parte la dedicaremos a hacer una recopilación de algunos casos que han llegado a la CLFD en que se puede apreciar diferentes escenarios en los que se produce una situación discriminatoria hacia personas con el VIH. Será en esta parte dónde se señalen algunas de las vías de protección jurídica de ese derecho en los diferentes ámbitos. No obstante, desde la CLFD recomendamos a las personas que sientan que viven alguna de estas situaciones se pongan en contacto con la Clínica para que analicemos el caso y podamos ofrecerles una respuesta específica para el mismo.

1. EL VIH EN LA CLFD Y EL DERECHO A LA IGUALDAD DESDE EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

1.1. ¿Qué es una clínica legal en materia de VIH?

La Clínica Legal que la Coordinadora Estatal sobre VIH y Sida (en adelante CESIDA) tiene a disposición de las personas con el VIH y de las organizaciones que defienden los derechos e intereses de ese colectivo presta sus servicios a través de la Clínica Jurídica per la Justicia Social de la Universidad de València y la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. A través de este servicio, **las personas con el VIH pueden hacer consultas sobre temas legales** relacionados con el ejercicio de sus derechos o el acceso a determinadas prestaciones o servicios sociales en igualdad de condiciones que el resto de personas sin que se produzca discriminación. Estas consultas son estudiadas por estudiantes, que son tutorizados por profesorado universitario y profesionales de la abogacía en ejercicio, y las personas que consultan reciben una respuesta que les ayuda en su proceso de empoderamiento.

Una clínica legal es un programa que combina una función educativa con una función social. En primer lugar, una clínica legal es una metodología de aprendizaje mediante la prestación de un servicio de asistencia jurídica; se trata de trasladar a la formación jurídica el modelo de enseñanza que se sigue en otros estudios, lográndose una enseñanza práctica y real del Derecho. En segundo lugar, una clínica legal presta dicho servicio a personas o grupos en situación de vulnerabilidad cuyos casos son de interés para la comunidad. Con ambas funciones se pretende que los futuros profesionales de la abogacía estén mejor preparados y que desempeñen su práctica profesional teniendo en cuenta la justicia social. El profesorado universitario que participan en la clínica enseñan a los y las estudiantes a cómo ser *buenos profesionales de la abogacía* mientras ayudan a personas, que no tienen recursos o están en una situación de vulnerabilidad, a defender sus derechos e intereses. Este método de enseñanza facilita que los estudiantes se metan en el rol de abogado o abogada, aprendan de su propia experiencia, favoreciendo que en el futuro tengan mayor habilidad para representar a sus clientes, y que desarrollen una mayor conciencia social.

Una clínica jurídica especializada en esta materia se justifica porque las personas con el VIH, tanto si son sintomáticas como asintomáticas, se enfrentan a numerosos

problemas sociales y jurídicos. **La lucha contra la epidemia debe hacerse a través de la Ciencia y la Medicina para prevenir y tratar el VIH, y a través de la Ética y el Derecho para evitar la injusticia social** (Gostin 2004: 56). Esta lucha ha tenido mejores resultados en un campo que en el otro pues a pesar de los avances en el ámbito médico, la sociedad no ha evolucionado y se sigue discriminando a este colectivo. Los avances terapéuticos no se han traducido en un progreso de idéntico nivel en materia de derechos. Las personas con el VIH siguen percibiendo que no disfrutan de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía. Así, aunque son titulares de los derechos, siguen siendo discriminados por razón de su estado serológico. Esta discriminación se produce en dos niveles: en primer lugar está la discriminación en contextos familiares o comunitarios; en segundo lugar está la discriminación en contextos institucionales plasmada en políticas y prácticas institucionales o en la falta de políticas antidiscriminatorias o de procedimientos de reparación. La protección de los derechos de este colectivo de personas es imprescindible para garantizar su dignidad, libertad e igualdad.

Por otro lado, una clínica legal en esta materia permite que los (futuros) profesionales de la abogacía que vayan a defender a clientes con el VIH tengan acceso a una formación muy especializada que no se recibe ni en los estudios de Grado ni en los de Posgrado. En la actualidad, los profesionales de la abogacía deben entender y hacer entender a un/a juez o a la Administración que el VIH no es una enfermedad mortal, puesto que se han producido grandes avances en su tratamiento y se han realizado numerosos estudios que explican cómo minimizar los riesgos de transmisión hasta hacerlos despreciables. Esto es clave para demostrar que en muchas ocasiones el trato que reciben las personas con el VIH es discriminatorio y supone una vulneración de sus derechos. Así, por ejemplo, un/a abogado/a debe saber explicar que una persona con el VIH que tenga una buena adherencia al tratamiento, que esté asintomático, con una carga viral indetectable, no supone un peligro significativo para la salud de terceras personas o de compañeros/as de trabajo y que las MUPT actúan bidireccionalmente por lo que es discriminatorio excluir a todo el colectivo de personas con el VIH de la convocatoria de determinados puestos de trabajo.

1.2. El VIH desde el modelo social de la discapacidad

Este informe analiza las posibles situaciones discriminatorias hacia las personas que tienen el VIH por el hecho de tener el virus desde el modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos. Este tratamiento del VIH basado no sólo en las exigencias de la salud pública sino también en las exigencias de los derechos humanos debe hacerse desde el modelo social de la discapacidad. Este enfoque supone, en primer lugar, que **la discapacidad no se entiende como una cuestión personal sino como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales**. Esta conceptualización de la discapacidad conlleva a reconocer y respetar la diversidad personal como un elemento natural de la diversidad humana. Asimismo importa asumir la responsabilidad de asegurar, tanto por parte del Estado como por parte de la sociedad, que los derechos sean ejercidos sin discriminación por motivo de discapacidad. Es precisamente en el contexto del modelo social, en el que la discriminación sufrida tanto por las personas con discapacidad cuanto por las personas con el VIH se considera una cuestión de derechos humanos (Barranco Avilés 2013: 88).

Como es sabido, otros modelos de tratamiento de la discapacidad consideran que las dificultades que las personas encuentran para participar plenamente en la sociedad están ocasionadas por sus limitaciones individuales (Palacios 2008: 66). Desde esta visión, la atribución de la discapacidad depende de la detección de determinadas deficiencias y de su gravedad y las respuestas sociales que se arbitran se centran en la persona individualmente considerada y se dirigen básicamente a su rehabilitación, asistencia y protección social. En estas coordenadas, la normalización de la persona se presenta como un paso previo y una condición imprescindible para su integración social. Por esta razón se considera como algo ‘natural’ que aquellos individuos que no logran superar sus ‘desviaciones’ encuentren restricciones en su participación en la vida comunitaria y en el ejercicio de sus derechos; restricciones que no se perciben como un caso de discriminación sino como un efecto inevitable derivado de las deficiencias que estas personas padecen (Cuenca 2012: 30-31). Así, bajo este modelo, se justifica que las personas con el VIH deban recibir un trato desigual (y discriminatorio) en comparación con aquellas personas con las que se relacionen ya que su derecho a la igualdad debe restringirse por el simple hecho de su seropositividad al VIH. Se entiende como algo normal que las personas con el VIH tengan dicha restricción pues se salen del parámetro de normalidad al ser ‘portadores’ de una enfermedad que es grave e incurable, lo que les convierte en un ‘peligro social’.

Frente a esta visión, el modelo social entiende que la discapacidad está originada no tanto por los rasgos individuales sino por los condicionamientos de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de todas las personas (Palacios 2008: 103). Desde este enfoque se insiste en que la idea de normalidad, que constituye el patrón de acuerdo con el cual se configura el acceso a los diferentes ámbitos de la vida social, no es neutra sino que viene impuesta por quienes responden «a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante» (Curtis 2004: 7) obstaculizando la participación de aquellos/as que no encajan en el modelo estándar. Asumiendo esta premisa, las limitaciones que las personas encuentran para participar en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás ya no se consideran naturales sino que se conciben como el producto de una construcción social y de relaciones de poder (Cuenca 2012: 34-35). Dicho de otro modo, estas restricciones se relacionan de manera directa con la presencia de barreras sociales de diferente naturaleza que es preciso derrumbar. **No es la persona la que tiene que adaptarse a un entorno normalizado sino que es el entorno** (no sólo físico, sino también intelectual, comunicacional y actitudinal) **el que debe rediseñarse de acuerdo con unos parámetros inclusivos** que posibiliten el acceso de las personas a todos los ámbitos (y funciones) que están a disposición de cualquier otra persona en condiciones de igualdad.

Una barrera es «todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno/os de los ámbitos de la vida social» (De Asís Roig *et al* 2007: 58). Aunque todas las personas podemos toparnos con alguna barrera a lo largo de nuestra vida, algunas personas, entre las que se encontrarían las personas con el VIH, se encuentran en determinadas situaciones con muchas más barreras, con barreras específicas y con barreras más graves y más difíciles de superar. Las personas con el VIH se encuentran con infinitud de barreras actitudinales, que figurarían entre esas barreras que son más difíciles de superar. Aunque tradicionalmente se ha asociado la idea de barrera a un componente físico, los instrumentos normativos más recientes en la materia (p.e., la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad) insisten en

que la discapacidad no sólo se produce por éstas sino también por cualquier condicionante social. Así, **las barreras actitudinales consisten en desacreditar a una persona frente a sí misma y frente a los demás miembros de la sociedad atribuyéndoles una serie de características negativas**. Un caso típico de barrera actitudinal es considerar que la persona con el VIH no puede ejercer determinados puestos de trabajo de convocatoria pública o tener que ser la última persona en ser atendida en el dentista porque se considera que su estado de salud es un peligro significativo para la salud de sus compañeros/as de trabajo o para terceras personas. La barrera actitudinal se construye sobre un prejuicio, un estereotipo negativo, basado en una información incompleta e incorrecta sobre las vías de transmisión, el riesgo o los avances terapéuticos.

Las barreras actitudinales con las que se enfrentan las personas con el VIH forman parte de un proceso de estigmatización en el que se crean estereotipos, prejuicios y discriminación (Werner 2015). Los estereotipos hacen referencia al conocimiento o a las actitudes hacia grandes grupos de personas y pueden ser tanto positivos como negativos; los prejuicios aparecen cuando las personas atribuyen estereotipos negativos y consecuentemente generan reacciones emocionales negativas; la discriminación supone, como veremos más adelante, que a esos grupos a los que se les ha atribuido un estereotipo negativo se les trata de forma diferente sin existir una causa que lo justifique. En el caso de las personas con el VIH este proceso de estigmatización supone que se les atribuye un estereotipo negativo por su supuesta peligrosidad, lo cual les perjudica ya que puede frecuentemente hacer que se les limiten sus derechos, siendo uno de ellos su derecho a la igualdad y a la no discriminación. La estigmatización conlleva discriminación ya que, como veremos a continuación, se les van a imponer una serie de restricciones en el ejercicio de sus derechos que son excesivas pues existen otras medidas menos lesivas. Se les va a imponer un curso de acción que es diferente al que va a seguir el resto de los ciudadanos/as, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional. Estas barreras con las que se encuentran las personas con el VIH son el primer eslabón de lo que se ha denominado *cadena de la inaccesibilidad* y que afectan negativamente al disfrute de los derechos que tienen reconocidos. Por este motivo, el análisis del VIH desde los derechos humanos quiere romper con esa cadena de la inaccesibilidad y para ello se requiere reflexionar acerca de cómo los principios en que se fundamentan esos derechos, y muy particularmente el principio de igualdad, son de aplicación en el contexto particular del VIH.

En España, las personas con el VIH, aunque son titulares de los derechos, siguen percibiendo que no los disfrutan en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos (Informe FIPSE 2005, 2010). Esta es la principal cuestión que el presente informe pretende demostrar pues, como veremos, las personas con el VIH, tanto si son sintomáticas como asintomáticas, se enfrentan en nuestro país a numerosos problemas sociales y jurídicos, como pueden ser las barreras de acceso a la función pública, en especial a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas (Ramiro Avilés 2014: 137-166); las limitaciones del derecho al trabajo basadas en la seropositividad al VIH, en especial en las profesiones sanitarias (Ramiro Avilés y Salas Muñoz 2014); las exclusiones en la contratación de seguros de salud o de vida (García-Mandaloniz y Alba Fernández 2008; Ramiro Avilés y Bolívar Oñoro 2016); los cambios no informados de la medicación antirretroviral (Ramiro Avilés y Llibre Codina

2014); las denegaciones de servicios ofertados al público en general (Ramiro Avilés 2014: 65-84); las intromisiones en su intimidad personal y datos de carácter personal (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal 2015). Esta discriminación se sigue produciendo en España tanto en el contexto familiar o comunitario, mediante barreras actitudinales, como en el contexto institucional, mediante barreras institucionales en forma de políticas y prácticas institucionales o mediante la falta de políticas antidiscriminatorias o de procedimientos de reparación (Álvarez González 2011: 156).

La realidad actitudinal y legal a la que se enfrentan las personas con el VIH hace que sea necesario subrayar que el sistema legal en España cuenta con los elementos imprescindibles para dar una solución a los problemas del VIH basada en los derechos humanos pero que debe profundizarse aún más adoptando nuevos mecanismos de protección. Como hemos visto, este enfoque implica un cambio que supone no tener exclusivamente en cuenta las exigencias propias de la salud pública sino también las exigencias que provienen de los derechos de las personas con el VIH (Gostin y Lazzarini 1997). Esto obliga a encontrar un equilibrio entre la protección de la salud comunitaria, adoptando medidas que frenen el desarrollo de la epidemia, y el reconocimiento, protección y desarrollo de los derechos de las personas con el VIH. Así, por ejemplo, es posible reconocer el derecho al trabajo en el ámbito sanitario de las personas con el VIH, incluso realizando procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental, con la adecuada protección de la salud pública, exigiendo que los médicos con el VIH que realicen dichos procedimientos tengan un determinado nivel de carga viral o estén obligados a que cada cierto tiempo pasen un control del estado de salud. El análisis del VIH basado en los derechos humanos obliga a que se reflexione, en segundo lugar, sobre el principio de igualdad y sobre la no discriminación. Esta preocupación ha estado presente desde los inicios de la enfermedad y se debe saber cuándo un trato diferente hacia una persona con el VIH supone o no una discriminación proscrita por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ENFERMEDAD

2.1 El derecho a la igualdad y la no discriminación

La discriminación es una de las violaciones de los derechos humanos más significativas en el campo del VIH pues, como se ha señalado, provienen de un proceso de estigmatización en el que se crean estereotipos, prejuicios y discriminación. Los estereotipos hacen referencia al conocimiento de o a las actitudes hacia grupos de personas y pueden ser tanto positivos como negativos; los prejuicios son estereotipos negativos que generan reacciones emocionales negativas; y la discriminación supone que a esos grupos a los que se les ha atribuido un estereotipo negativo se les trata de forma diferente sin existir una causa que lo justifique. En el caso de las personas con el VIH este proceso de estigmatización supone que se les atribuye una supuesta peligrosidad porque el virus se puede transmitir, lo cual supone un perjuicio pues justifica la limitación de sus derechos.

La estigmatización conlleva discriminación de las personas con el VIH ya que se imponen una serie de restricciones en el ejercicio de sus derechos que son excesivas pues existen otras medidas menos lesivas para alcanzar fines constitucionalmente

importantes (como por ejemplo, la salud pública). Se les impone un curso de acción que es diferente al que va a seguir el resto de los ciudadanos, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional.

Como ya se ha señalado, una respuesta basada en los derechos humanos recalca la importancia que tiene la igualdad y la no discriminación en el caso particular de las personas con el VIH. De ahí que en este apartado vayamos a analizar el artículo 14 de la Constitución Española en el que se establece el principio de igualdad y la no discriminación, pues ambas cuestiones son de capital importancia en el análisis del VIH desde los derechos. Se trata de un derecho cuya fundamentación y conceptualización no ha estado exenta de polémica puesto que la cuestión relativa a su extensión y sus límites se ha disputado tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

En este artículo se establece concretamente que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así pues se reconoce no solo como derecho fundamental el derecho a la igualdad sino también el correspondiente mandato antidiscriminatorio. Este último hace referencia a la prohibición por parte de cualquier instancia estatal y de los particulares, de ejercer un trato injustamente diferenciado que limite, restrinja o niegue derechos a una persona por razón de su de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La prohibición de discriminar a las personas con el VIH, en particular, y la discapacidad y el estado de salud, en general, se incluirían en esa cláusula abierta que incorpora el artículo 14 CE y que hace referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así lo ha sostenido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al confirmar que la expresión “cualquier otra condición social” en las disposiciones no discriminatorias, debe entenderse que comprende el estado de salud, incluido el estado serológico con respecto al VIH y así también lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional.

No obstante, la referencia a la igualdad del artículo 14 CE debe completarse con la que contiene el artículo 9.2 CE. Este artículo afirma 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 integran 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».

Ambos preceptos constituyen la base sobre la que se asienta el sistema normativo antidiscriminatorio en el Derecho español, cuya función es identificar y eliminar todos aquellos tratos diferenciados que sean injustificados. Es importante reiterar el carácter injustificado del trato diferenciado ya que la búsqueda de la igualdad impone tratar de forma igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales. En el caso de las personas con el VIH las restricciones que son contrarias al principio de igualdad suelen venir justificadas en la necesidad de proteger la salud pública, frente a la que se considera que en estas situaciones deben ceder los derechos de la persona que vive con la infección.

El artículo 14 CE establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, lo cual impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. No obstante, con ello no proscribire todo trato diferenciado pues cabe tal diferenciación siempre y cuando exista una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada 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.

Por tanto, los/las ciudadanos/as podemos recibir un trato diferenciado si ello no constituye una de las discriminaciones contempladas en el artículo 14 de la Constitución. De esa forma sólo existe discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin una razón bastante que justifique esa diferencia de trato. Así, las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la CE y cuando, además, las normas que crean la diferencia muestren 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.

El artículo 14 CE exige tanto la igualdad como equiparación, que se consigue con normas jurídicas que van dirigidas a todas las personas, como la igualdad como diferenciación, que se consigue con normas jurídicas que toman en consideración una serie de características personales a las que se atribuye relevancia normativa para justificar un trato diferenciado para aquellas personas que son diferentes. Como hemos visto, es un principio constitucional con un doble contenido pues, por un lado, es una cláusula de igualdad, y por otro, es una cláusula de no discriminación. La primera prohíbe todo tratamiento desigual que no tenga una justificación, exigiendo que ante dos supuestos de hecho iguales éstos han de ser tratados de forma igual; la segunda, que se enlaza con los valores inherentes de los seres humanos, prohíbe que grupos sociales sean discriminados por una de las condiciones o circunstancias personales que el artículo 14 CE menciona. Vemos, pues, que el artículo 14 CE prohíbe toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable pero no prohíbe aquella que sí la tenga. Se debe, entonces, distinguir entre ‘diferenciación’ y ‘discriminación’ pues la igualdad no se encuentra en proscribir tratos diferenciados sino en evitar que éstos sean arbitrarios.

Por otra parte, la igualdad reconocida en el artículo 9.2 CE pretende que aquellas personas que están en una posición más desventajada puedan alcanzar sus objetivos de la misma manera que aquéllas que están en una situación más aventajada. El artículo 9.2 CE implica un deber de actuación positiva por parte de los poderes públicos para remover las barreras que dificulten el igual disfrute por las personas del mayor número de derechos fundamentales. En este sentido, la búsqueda de la igualdad puede aconsejar la adopción de acciones afirmativas, esto es, de apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades de grupos de personas

en la incorporación y participación en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. También puede aconsejar la adopción de medidas de discriminación positiva, esto es, de medidas que establezcan una preferencia basada en determinados rasgos sospechosos a la hora de distribuir bienes especialmente escasos (Giménez Gluck 2004).

El artículo 14 CE no incluye expresamente ni la salud ni la discapacidad en el listado de causas que tradicionalmente se han utilizado para dispensar un trato diferenciado discriminatorio a las personas. Sin embargo, las personas con el VIH pueden ser discriminadas bien por su estado de salud o bien por su supuesta discapacidad. La inclusión de ambas causas se hace a través de la cláusula abierta que se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) cuando ha reconocido que la enfermedad puede «en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 de la Constitución, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo»¹. Asimismo, a estos efectos es también de gran relevancia el informe de ONUSIDA, *Protocolo para la identificación de la discriminación contra las personas que viven con el VIH*. El mismo protocolo entiende por discriminación “cualquier medida que acarree una distinción arbitraria por razón de su estado de salud o su estado serológico respecto al VIH, confirmado o sospechado”. De este modo, cualquier norma, política o actuación que

¹ Sobre la discriminación por razón de salud véase la STC 62/2008, FJ 5 y 6: «A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador (...). Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (...) Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues (...) en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE) (...) Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato». Ver también SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y, más recientemente, la STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2.

distinga a una persona por razón de su estado serológico respecto al VIH, constituirá una discriminación salvo que, de nuevo, la persona o la institución que establece la distinción justifiquen la medida en cuanto a propósito, proporcionalidad y efectos.

En este sistema antidiscriminatorio se prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta. Puesto que este informe versa sobre la discriminación de las personas con VIH, es fundamental estudiar los tipos de discriminación que pueden darse. Por una parte, estaremos en presencia de una discriminación directa cuando se tiene en cuenta una determinada condición no relevante desde el punto de vista normativo (como puede llegar a ser el VIH) para realizar un trato diferenciado. Por otra parte, estaremos ante una discriminación indirecta cuando se produzca por las consecuencias y efectos de una norma que es aparentemente neutra cuando no se tiene en cuenta una determinada condición relevante desde el punto de vista normativo (como puede llegar a ser el VIH) para dispensar un trato diferenciado (Ramiro Avilés 2010: 114-115). En cualquier caso, el trato diferenciado ha de estar suficientemente justificado para que el mismo sea admisible².

La existencia de discriminación directa y de discriminación indirecta muestra la tremenda complejidad con la que se enfrenta el legislador ya que no sólo deben evitarse las discriminaciones que son fruto de una voluntad directa de excluir a las personas con o se sospecha que tienen el VIH sino también deben evitarse las discriminaciones que son fruto de la inercia, la irresponsabilidad o la falta de previsión.

Como se ha señalado, tanto el artículo 14 CE como el artículo 9.2 CE permiten tratos diferenciados, los cuales no son necesariamente discriminatorios si son

² Véase la STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 2: «(...) ha de recordarse que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Sin embargo, la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. En tal sentido, este Tribunal ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en los que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE, como por ejemplo, la discriminación por razón de sexo. A diferencia del principio genérico de igualdad (...), la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad». Ver también SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4, o 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6.

razonables, proporcionales, congruentes y necesarios. Quizás uno de los problemas legales a los que se enfrentan las personas con el VIH en España es que no tienen un reconocimiento específico en el sistema jurídico por lo que no son titulares de derechos específicos por el simple hecho de ser seropositivas a dicho virus sino que simplemente son titulares de los mismos derechos que el resto de ciudadanos/as en igualdad de condiciones y tampoco se desarrollan políticas de acción afirmativa o de discriminación positiva con las que superar las barreras a las que tradicionalmente se han enfrentado. Este reconocimiento genérico de los derechos es, sin duda alguna, importante pero no es suficiente ya que las carencias del sistema de garantías se agudizan con las personas con el VIH al tratarse de un colectivo en situación de vulnerabilidad.

En el siguiente apartado veremos más clara la desventaja en las que están insertas las personas con el VIH pues veremos cómo interactúa el concepto de discapacidad con la infección por el virus del Sida. Es importante estudiarlos pues está fuera de toda duda que la discapacidad tiene una protección reforzada en cuanto constituye una condición o circunstancia por la que una persona puede ser discriminada. Sin embargo, lo jurídicamente más problemático es determinar el alcance del término «discapacidad»; y, más concretamente, en qué medida se puede incluir en él la enfermedad (Lluch Corell 2014).

2.2 El VIH y la discriminación por razón de enfermedad/discapacidad

El hecho de que las personas con el VIH tengan acceso en igualdad de condiciones a los mismos derechos que el resto de ciudadanos/as y no sean discriminadas por razón de su enfermedad constituye la base de la protección jurídica y social de estas personas. Sin embargo, su estado de salud y otros condicionantes sociales, da lugar a que las personas con el VIH no puedan ejercer los derechos reconocidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico en igualdad de condiciones que los demás. Es por esta razón por la que las normas antidiscriminatorias juegan un papel fundamental en este ámbito³. Así pues, en este apartado vamos a ver, con el ejemplo de la discapacidad, cómo las personas con el VIH son objeto de discriminación.

Como ya hemos adelantado anteriormente, ser seropositivo al VIH no da derecho a que una persona sea considerada como persona con discapacidad en la legislación española. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho internacional y el Derecho comparado el VIH/Sida constituye una circunstancia discapacitante que afecta a la autonomía y a la dependencia debido a la especial vulnerabilidad de las personas afectadas. Conviene recordar que en la discapacidad también se incluyen las barreras sociales que deben superar determinados colectivos de personas, en este caso, las personas con el VIH.

³ La normativa que garantiza la antidiscriminación hacia este colectivo es amplia pues se compone por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española; el artículo 22.4^a del Código Penal; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; y, evidentemente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En nuestro país, la norma antidiscriminatoria general en materia de discapacidad es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD). Puesto que es la norma genérica en cuanto a igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, en este apartado hemos querido estudiar si la misma produce efectos negativos en ciertos colectivos y en qué medida es valorada la situación particular de las personas con el VIH, si se establece alguna salvaguarda para ellas o si estamos ante un caso de discriminación indirecta. Así pues, cabe preguntarnos si en virtud de la normativa española las personas con el VIH están siendo víctimas de un trato discriminatorio o si deben recibir el mismo tratamiento que una persona con discapacidad.

La LGDPD actualmente en vigor es la única Ley que trata de forma concreta y detallada el régimen de protección contra la discriminación de las personas con discapacidad. Su objetivo es terminar con los obstáculos y las condiciones limitativas que la propia sociedad ha establecido en contra de la plena participación de las personas con discapacidad. De esta forma, además de garantizar la igualdad de oportunidades de estos ciudadanos/as, pretende hacer efectivo este derecho en pro de la lucha contra la discriminación, sea ésta directa⁴ o indirecta⁵, que tenga su causa en una discapacidad. Asimismo, propone la adopción de medidas de acción positiva⁶ orientadas a evitar, o bien, a compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Sin embargo, en esta Ley se advierten varios problemas derivados de la propia definición de discapacidad y que afectan al tema que tratamos en este informe, ya que, como se ha visto, el hecho de tener el VIH no implica el reconocimiento del grado de discapacidad de forma automática. Podemos constatar en la normativa su falta de coherencia con la lógica del derecho antidiscriminatorio pues no protege a un colectivo que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad y de discriminación. No hay que olvidar que se requiere la obtención de la condición de persona con discapacidad tanto para las prestaciones sociales como para las medidas de protección frente a la discriminación. Tampoco olvidemos que la discriminación no se sufre por tener un peor estado de salud sino simplemente por ser seropositivo al VIH.

⁴ La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social establece en su artículo 2.c que se entenderá por discriminación directa, aquella situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

⁵ El artículo 2.d de la Ley General establece que existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

⁶ Son definidas por la Ley General como aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

El RDL 1/2013, por tanto, discrimina a las personas con el VIH en cuanto que no las menciona expresamente como uno de los grupos dentro del colectivo de la discapacidad. Debido a ello no resulta extraño pensar que de esta forma no se quiere visibilizar a un grupo de personas, produciéndose de ese modo un tipo de discriminación indirecta de carácter grupal ya que se discrimina positivamente a un grupo de personas con discapacidad y a otro grupo de personas que podrían estar encuadradas en esa categoría se las excluye con el consiguiente perjuicio para ellas. Una de las consecuencias de esa falta de visibilidad de las personas con el VIH es que además de discriminarlas indirectamente se agudiza el estigma que sufren⁷, que muchas veces lleva a las personas con el VIH a ocultar su estado serológico y a retrasar la solicitud de servicios sanitarios y sociales, con el consiguiente aumento del riesgo de transmisión a terceras personas.

Vemos pues, que estigma y discriminación están íntimamente relacionados ya que ‘cuando el estigma se instala, el resultado es la discriminación’. Como reconoce ONUSIDA, el estigma en el VIH/Sida está “profundamente arraigado y opera dentro de los valores de la vida cotidiana”. De esta forma, es fácil comprender que el estigma y la discriminación relacionados con el VIH no inviten a las personas con el virus a revelar su infección. Esta situación es causa del aumento del sufrimiento personal por el que pasan estas personas que incluso pueden impedirles que soliciten tratamiento o ejerzan otros derechos humanos básicos (Ramiro Avilés 2010: 122-123). Desafortunadamente, un estigma no es algo que se pueda poner y se pueda quitar con la misma facilidad. Es algo que acompaña siempre y siempre va asociado a inferioridad.

A estos problemas en la definición de persona con discapacidad en la normativa española debemos añadir el hecho de que no es procedente que se tengan que poner requisitos administrativos para disfrutar de los derechos de los artículos 9.2 y 14 CE. Recordemos que el estado de salud o la enfermedad se incluyen entre las causas prohibidas de discriminación tanto por la Constitución española como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien, en este caso, la salud no se menciona expresamente.

Otra muestra de la existencia de discriminación hacia las personas que tienen el VIH lo constituye el hecho de exigir un determinado porcentaje de grado de discapacidad pues esto coloca a estas personas en una situación de absoluta desprotección al encontrarse en una situación equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad. Con esta exigencia la normativa se acota y reduce enormemente el marco de análisis y de protección antidiscriminatoria hacia este colectivo. De este modo, una persona que sea seropositiva al VIH pero no tenga afecciones discapacitantes no tendrá derecho al reconocimiento de ningún grado de discapacidad ya que no alcanzará la calificación del 33% exigido por la norma⁸ al amparo de los RD 1971/1999

⁷ El tipo de estigma que está asociado al VIH/Sida radica en una serie de factores como son que la persona puede ser culpada por haberse infectado, que potencialmente puede tener graves consecuencias para otras personas, que la enfermedad puede manifestarse externamente y que puede disminuir su nivel de competencia.

⁸ Según el artículo 4.2 de la Ley General «(...) tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total,

y RD 1169/2002, lo cual hace que la persona seropositiva al VIH dependa de la gravedad de las enfermedades asociadas al VIH (Ramiro Avilés 2010: 119).

La LGDPD habría evitado esta situación discriminatoria si hubiese seguido el modelo impuesto por la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y adoptado el concepto amplio de discapacidad, reconociendo una protección a las personas con el VIH/Sida por el hecho de ser consideradas socialmente como personas con discapacidad. No podemos olvidar que la simple presencia del VIH en el organismo de una persona ya es un motivo suficiente para que sea discriminada socialmente dado el estigma que conlleva la patología. Las desventajas que presentan las personas con el VIH tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a la plena participación de estos ciudadanos.

Un apunte importante que conviene precisar es que, aparte del colectivo de personas afectadas por la infección del VIH, esta Ley tampoco beneficia a aquellos/as que tienen otras enfermedades graves, crónicas y degenerativas, es decir, incluso aquellos casos que muchas veces pueden ser más evidentes físicamente y sintomatológicamente que los casos de VIH, se ponen trabas administrativas para el reconocimiento de la discapacidad.

Finalmente, tras realizar un estudio de la legislación de otros países y la legislación española, es posible constatar que la normativa española tampoco es coherente con el Derecho Comparado, pues son muchos los países que protegen a este colectivo de personas afectadas por el VIH. En países como Estados Unidos y Reino Unido el mero hecho de ser seropositivo al VIH es condición suficiente para ser considerado legalmente persona con discapacidad. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades o *American with Disabilities Act* que protege no sólo a la persona con el VIH, sintomático o asintomático, sino también a aquellas personas a las que se les suponga seropositivos al VIH, a las que se relacionen, asocien o convivan con personas con el VIH. Asimismo, otros países como Australia, Irlanda o Nueva Zelanda, han incluido en la definición de discapacidad “la presencia de organismos en el cuerpo que causen o puedan causar enfermedades”.

Siguiendo con el análisis sucinto de las normas de derecho antidiscriminatorio, es oportuno analizar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ley 39/2006), pues en esta Ley también se advierten aspectos discriminatorios que parece propio abordar. La Ley 39/2006 tiene como reto atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.

Si nos atenemos a la citada definición, es necesario reiterar que las personas con el VIH se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad debido a la percepción social de la enfermedad. Ahora bien, aunque no siempre la situación es de dependencia,

absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

el VIH pone en peligro la autonomía de la persona afectada, entendiendo por ella, la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales sobre la manera de vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida cotidiana.

Es éste precisamente el problema que se advierte en esta Ley, pues tiene un enfoque exclusivamente asistencial, el cual, muchas veces, se basa en la edad o en la discapacidad reconocida, por lo que sólo afecta a las personas con el VIH cuyo estado de salud les impida realizar en mayor o menor grado las actividades de la vida cotidiana.

Tras este breve análisis de la normativa principal en materia de discapacidad, hemos querido demostrar cómo el colectivo de personas con el VIH no encuentra protección en lo que a la normativa antidiscriminatoria se refiere. En primer lugar, no forman parte del colectivo de personas con discapacidad según la definición dada por el RDL 1/2013 ya que no se incluyen a las personas con el VIH en el colectivo de personas con discapacidad en tanto su seropositividad al VIH sino en cuanto personas con enfermedades discapacitantes (Ramiro Avilés 2010: 113). En segundo lugar, y derivado del hecho de no tener reconocido ningún grado de discapacidad, estas personas no pueden ser incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 39/2006 pues no necesitan del apoyo de otros/as para realizar sus actividades cotidianas.

El motivo por el cual se ha de incluir a las personas con VIH como víctimas de una discriminación indirecta hemos de relacionarlo directamente con los ya mencionados artículos 14 y 9.2 CE. En primer lugar, a la luz de lo establecido en la jurisprudencia constitucional, el artículo 14 CE implica la prohibición no sólo de la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo⁹.

Así pues, la obligación de abstenerse de generar diferenciaciones arbitrarias establece una presunción *iuris tantum* de discriminación a través del listado ejemplificativo que contiene, esto es, “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Dentro de esa última cláusula abierta incluiríamos al VIH, en particular, y la discapacidad y el estado de salud, en general. Cabe mencionar que si bien la discapacidad no se cita explícitamente entre los motivos de discriminación, el Tribunal Constitucional ya se ha manifestado al respecto, incluyéndola como una de las circunstancias objeto de protección al máximo nivel¹⁰. Por otra parte, y como ha señalado la jurisprudencia

⁹ Véase STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8 y STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7.

¹⁰ Véase STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4: «La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en

constitucional en repetidas ocasiones¹¹, el precepto admite una diferenciación de trato¹², tanto en el contenido como en la aplicación de la ley, si ésta no es arbitraria por estar razonablemente justificada¹³, inclusive pudiéndose utilizar alguno de los criterios del listado incluido en el propio artículo 14 CE, si bien, cuando se esté ante este caso, se exige un mayor rigor en la demostración del carácter justificado de la desigualdad con el fin de romper la presunción (Garriga Domínguez 2001: 81).

En segundo lugar, en lo que respecta al artículo 9.2 CE, ya hemos visto que éste aborda la igualdad material e implica un deber de actuación positiva por parte de los poderes públicos para derribar aquellos obstáculos que dificulten el igual disfrute por los/las ciudadanos/as de sus derechos fundamentales. De este modo, es aconsejable que se adopte un sistema de apoyos de carácter específico destinados a prevenir o

aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE».

¹¹ Véase SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6.

¹² Véase STC 119/2002, FJ 3: «Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (ya desde las Sentencias 22/1981, de 2 de julio, STC 34/1981, de 10 noviembre, o STC 19/1982, de 5 de mayo, por ejemplo), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; claro que este tratamiento desigual tiene un límite que opera cuando la desigualdad concernida está desprovista de una justificación objetiva y razonable (...) Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos».

¹³ Véase STC 185/2005, FJ 3: «En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE». Con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, véanse las SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, véanse las SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8.

compensar las desventajas o especiales dificultades de grupos de personas como por ejemplo, de las personas con el VIH, en la incorporación y participación en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. También es aconsejable que se adopten medidas que establezcan una preferencia basada en determinados rasgos sospechosos a la hora de distribuir bienes especialmente escasos. Éstas se conocen como medidas de discriminación adversa cuya traslación a las normas jurídicas nacionales o internacionales se ha ido produciendo en las tres últimas décadas con mejor o peor fortuna, pero que, sin duda, han marcado un hito en el tratamiento jurídico de los colectivos en situación de desventaja o desfavorecidos (Cabra de Luna 2004: 23).

Conviene aclarar en este punto que adoptar medidas favorables hacia determinados colectivos con el fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial, no quiere decir que éstas sean discriminatorias. De hecho, el RDL 1/2013 establece la posibilidad de adoptar medidas contra la discriminación¹⁴, las cuales tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad; y, medidas de acción positiva¹⁵, aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

Así pues, un trato diferenciado no es necesariamente discriminatorio si está basado en criterios razonables, proporcionales y objetivos. Sin embargo, puesto que se trata de medidas que implican un trato formalmente desigual, la jurisprudencia constitucional ha declarado que para poder considerarlas constitucionales han de cumplir con un juicio de razonabilidad, cuyo objetivo es acabar con la situación de desigualdad, desventaja o infrarrepresentación, y con un juicio de proporcionalidad¹⁶, a fin de determinar si la medida es adecuada y necesaria para el logro de los objetivos, de manera que al favorecer la igualdad para el grupo discriminado no se discrimine a la mayoría (Ramiro Avilés 2010: 117). El RDL 1/2013 es un claro ejemplo de que cuando los poderes públicos intentan favorecer la igualdad, formal y material, pueden generar que determinadas omisiones puedan verse como una fuente de discriminación.

¹⁴ El contenido de estas medidas lo establece la Ley General en el artículo 66. Podrán consistir en la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.

¹⁵ El contenido de las medidas de acción positiva lo establece el artículo 68 de la Ley General. Éstas podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

¹⁶ Véase la STC 119/2002, FJ 3: «el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, F. 3; 49/1982, de 14 de julio, F. 2; 2/1983, de 24 de enero, F. 4; 23/1984, de 20 de febrero, F. 6; 209/1987, de 22 de diciembre, F. 3; 209/1988, de 10 de noviembre, F. 6; 20/1991, de 31 de enero, F. 2; 110/1993, de 25 de marzo, F. 6 o 117/1998, de 2 de junio, F. 8) (...) Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato».

El concepto restringido de discapacidad que propone la normativa española es una afrenta al principio de igualdad y no discriminación ya que no compara igualmente dos situaciones análogas y supone tratar de forma diferenciada, sin la debida justificación, a las personas con el VIH respecto de los colectivos de personas expresamente mencionados en la LGDPD¹⁷. No es posible tampoco encontrar una justificación objetiva y razonable ya que la finalidad de la norma es crear un marco normativo en el que se establezca la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de todas las personas con discapacidad. Por ello, si se pretendía seguir esa estela, las personas con el VIH deben ser consideradas como personas con discapacidad, atendiendo exclusivamente a su estado serológico, con el fin de que puedan utilizar los instrumentos legales que proporciona el Derecho para luchar contra la discriminación y estigmatización que sufren.

Cabe mencionar que el tipo de estigma que está asociado al VIH/Sida debe tenerse en cuenta a la hora de dar una respuesta normativa a este problema ya que singulariza a estas personas frente a las personas con otras discapacidades, sea física o sensorial, y las personas con cualquier otro tipo de enfermedad. No es el mismo estigma el que sufre una persona con el VIH y el estigma de las personas diagnosticadas de cáncer, por ejemplo, pues en el caso del VIH el estigma *«se identifica con un comportamiento que es considerado desviado, se clasifica como una enfermedad de transmisión sexual, es visto como algo que es responsabilidad del individuo, se piensa que se adquiere por vía de un comportamiento inmoral, y se percibe como contagioso y peligroso para la comunidad»* (Ramiro Avilés 2010: 121).

El hecho de no considerar a las personas con el VIH como personas con discapacidad, atendiendo exclusivamente a su estado serológico, afecta negativamente al trato que la Administración pública y las personas particulares les dispensan. Esta situación conlleva a que las personas con el VIH en innumerables ocasiones reciban un trato diferenciado que es discriminatorio por no estar razonablemente justificado. Es por esta razón por la que este tratamiento discriminatorio refuerza y legitima tanto la estigmatización que está asociada al VIH como la exclusión y la vulnerabilidad social que sufren las personas y grupos de personas con el VIH. Como ya se ha señalado, las personas con el VIH tienen por el simple hecho de su seropositividad una serie de barreras que dificultan o impiden, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, su acceso a algún ámbito de la vida social.

Vemos pues, que la discriminación indirecta se refleja en el concepto restringido de discapacidad que maneja la normativa española vigente pues supone que la discapacidad generada por el entorno social que sufren las personas con el VIH por el simple hecho de ser seropositivas no sea considerada suficientemente relevante desde el punto de vista normativo como para merecer la especial protección que proporcionan los instrumentos jurídicos antidiscriminatorios específicos.

¹⁷ La Ley General incluye a las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectada, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas, las personas que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, y las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

Por esta razón, la exigencia de la Ley de obtener un 33% de grado de discapacidad para gozar de la consideración de ser persona con discapacidad en virtud de un examen médico realizado al amparo de los RD 1971/1999 y RD 1169/2002, hace que la persona seropositiva dependa de la gravedad de las enfermedades asociadas al VIH (Ramiro Avilés 2010: 119). Ya hemos visto que la normativa tampoco considera que las personas con el VIH por el simple hecho de ser seropositivas merezcan una especial protección por parte de los poderes públicos por sufrir un mayor grado de discriminación o presentar menor igualdad de oportunidades, como sí lo merecen otros colectivos.

Así pues, si lo que se busca es evitar tratos discriminatorios o bien, lograr tratos diferenciados, es fundamental saber cuándo el VIH es relevante para condenar o justificar una determinada decisión normativa o un determinado comportamiento. Para poder ofrecer una respuesta es necesario tener una serie de criterios claros y precisos a la hora de establecer la existencia de situaciones análogas, entre el VIH y una persona afectada por alguna discapacidad. Establecer esta analogía no es fácil y tampoco se han podido extraer criterios aplicables ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han manifestado que se ha de estar al caso concreto para ver si se pueden comparar y concluir que hay un trato distinto para situaciones similares.

En los casos que presentaremos en este informe, la situación análoga se debe a que tanto las personas con el VIH como los colectivos expresamente mencionados en la Ley se encuentran ante una misma situación de discriminación social porque *“se considera que son menos capaces de afrontar las actividades cotidianas, de evaluar suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos o de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus propios intereses”*. Ambos precisan garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país, pero sólo uno de ellos tiene acceso a los mecanismos de protección (como la inversión de la carga de la prueba, la accesibilidad universal¹⁸ y los ajustes razonables¹⁹) que se reconocen en la normativa de protección a las personas con discapacidad (Ramiro Avilés 2010: 127).

En este sentido, lo que se ganaría con la consideración de las personas con el VIH como personas con discapacidad por el simple hecho de su seropositividad, sin necesidad de que haya otras afecciones discapacitantes, sería la visibilización de este colectivo por la sociedad pero, para ello, el legislador debe tomar en consideración, por

¹⁸ Según establece el artículo 2.k y 22 de la Ley General, la accesibilidad universal es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

¹⁹ El artículo 22.m de la Ley General establece que los ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

una parte, la particular relevancia que tiene el VIH como factor de discriminación, exclusión, vulnerabilidad y estigmatización de un grupo de personas en la sociedad española y, por otra parte, debe convencerse de la diferencia que existe a nivel de estigmatización entre una persona con el VIH y una persona con discapacidad física o sensorial o una persona con cualquier otra enfermedad ya sea de transmisión sexual, contagiosa o crónica (Ramiro Avilés 2010: 13).

A través de las consultas que han llegado a la CLFD se manifiesta la existencia tanto de barreras institucionales como de barreras actitudinales frente a las personas con el VIH pues se sigue considerando que son un ‘peligro social’ y que es necesario limitar, condicionar o restringir sus derechos pues la sociedad tiene un derecho superior a la salud pública. Como ya se ha señalado, los avances que se han dado en el ámbito médico no se han reproducido en el ámbito social pues las personas con el VIH siguen sin disfrutar los derechos en igualdad de condiciones y en muchas ocasiones se les limitan o restringen sin que se lleva a cabo un juicio de razonabilidad y proporcionalidad correspondiente. En el caso del VIH es alarmante que muchas de las restricciones a los derechos de las personas seropositivas se realizan aun cuando existen otras medidas menos gravosas de su derecho a la igualdad y no discriminación y restrictivas de este derecho. Nos referimos especialmente a las medidas universales de prevención de la transmisión (en adelante MUPT) y al tratamiento como prevención.

Como ya se ha señalado, los avances que ha habido en el campo médico y farmacológico del VIH han sido tremendos y en un muy poco tiempo, al menos en los llamados ‘países desarrollados’, ha pasado de ser una enfermedad con un pronóstico fatal a ser considerada una enfermedad crónica (Deeks *et al* 2013). Así, además de saber qué es el VIH, se les instruye sobre las MUPT²⁰, el grado de infectividad del VIH²¹ o los últimos conocimientos y evidencias científicas sobre la enfermedad²². Desde la

²⁰ Como no puede identificarse de manera fiable a todas las personas con el VIH, pues eso requeriría obligar a todas las personas a que se hicieran las pruebas de detección del virus de forma periódica, ya en 1987, los Centers for Disease Control and Prevention en las *Recommendations for Prevention of HIV Transmission in Health-Care Settings* consideraron que sería conveniente adoptar una serie de medidas de precaución al manejar la sangre y determinados fluidos orgánicos (líquidos cefalorraquídeo, pleural, sinovial, amniótico, peritoneal y pericárdico, semen, secreciones vaginales y leche materna). Estas medidas son las MUPT y bajo esta perspectiva, la sangre y los fluidos orgánicos de todas las personas se consideran potencialmente infecciosos para VIH, VHB, VHC y otros patógenos transmitidos por sangre. Por tal motivo, deberán usarse rutinariamente precauciones apropiadas para, entre otras cosas, evitar el contacto de sangre y fluidos potencialmente infectados con membranas mucosas.

²¹ Otro factor importante a tener en cuenta a la hora de abordar algún tipo de limitación en los derechos de las personas con VIH es el nivel de riesgo que se produzca la transmisión del virus cuando una persona sin VIH se ha expuesto de forma accidental al mismo. Pues bien, en líneas generales, el VIH no es de los virus con una mayor tasa de transmisibilidad, superado por ejemplo el VHB. Esta es la conclusión a la que se llega si se consulta el *Documento de Consenso sobre Profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños*, publicado en 2015 por el Plan Nacional sobre el Sida, organismo dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

²² Una de las últimas evidencias científicas se ha puesto de manifiesto en el ensayo clínico HPTN 052. Se reclutaron a 1763 parejas serodiscordantes en nueve países, en las que la persona con el VIH debía tener entre 350 y 500 copias/mL. Las parejas fueron aleatorizadas en dos grupos: en el primer grupo el tratamiento antirretroviral se iniciaba inmediatamente y en el segundo grupo de posponía hasta el momento en que la persona con el VIH tuviera un recuento igual o inferior a 250 copias/mL. En el primer grupo se produjo una única seroconversión mientras que en el segundo se produjeron veintiocho seroconversiones en las que existía una conexión genética. Esto llevó a concluir que el tratamiento mejoraba la prevención y ralentizaba la difusión de la infección (Cohen *et al* 2011). El ensayo HPTN 052

óptica de los derechos de las personas con el VIH, las MUPT son sumamente importantes ya que evitan que se adopten medidas especiales con determinadas personas, lo cual podría hacer que apareciesen la estigmatización y la discriminación. Ya prácticamente se han desterrado, al menos en España, prácticas como la identificación de las historias clínicas con un punto rojo o como la segregación de las personas con el VIH en unidades de atención especializada independientemente de la patología que les afectaba. Las MUPT evitan que el VIH se asocie irremediamente a determinados grupos de riesgo o grupos étnicos, transmitiendo con ello un mensaje equivocado a la sociedad. Las MUPT permiten desarrollar el principio de igualdad ya que implica que todas las personas son iguales en la percepción del riesgo y que todas deben ser tratadas de forma similar pues los derechos y las cargas deben distribuirse de forma equitativa.

Sin duda, el desequilibrio entre los grandes avances médicos y la poca consideración que se le ha dado a los mismos desde el ámbito social y normativo hace que la protección de los derechos de este colectivo de personas sea imprescindible para garantizar su dignidad, identidad, libertad e igualdad en el disfrute de los derechos. El análisis del VIH desde el ámbito de los derechos, la igualdad y la no discriminación, como ya hemos visto, muestra que las personas con el VIH necesitan tanto de un trato legislativo general (proceso de generalización de los derechos) como un trato legislativo específico (proceso de especificación de los derechos) para así poder combatir la discriminación, ya sea directa o indirecta, que sufren (Ramiro Avilés 2011: 113). El proceso de generalización de los derechos supone ampliar el número de titulares de los derechos, bien porque se incorporan nuevas categorías de personas o bien porque ya estando incluidas se refuerzan los mecanismos de protección de los derechos para que no exista un simple reconocimiento formal sino también una plena garantía y un disfrute real y efectivo. La generalización de los derechos supone desarrollar el principio de igualdad ya que implica que todas las personas tienen derecho a disfrutar de los mismos derechos en idénticas condiciones. Esto se consigue mediante normas jurídicas que van dirigidas a todas las personas, sin tener en cuenta sus características individuales, de tal forma que los bienes, servicios y derechos deben ser accesibles a todas ellas. Si se diera el caso de que algún bien, servicio o derecho no pudiera disfrutarse por alguna persona en las condiciones normales, pues puede ocurrir que el bien, servicio o derecho no pueda articularse de forma tan perfecta que cubra las necesidades de todas las personas, se debe garantizar su accesibilidad mediante los ajustes, modificaciones o adaptaciones que sean necesarios y razonables. Aquí es donde entraría en juego la especificación de los derechos pues los ajustes razonables especifican los sujetos que pueden disfrutar de ellos, desarrollándose de esa manera también como una herramienta imprescindible para garantizar la igualdad de oportunidades.

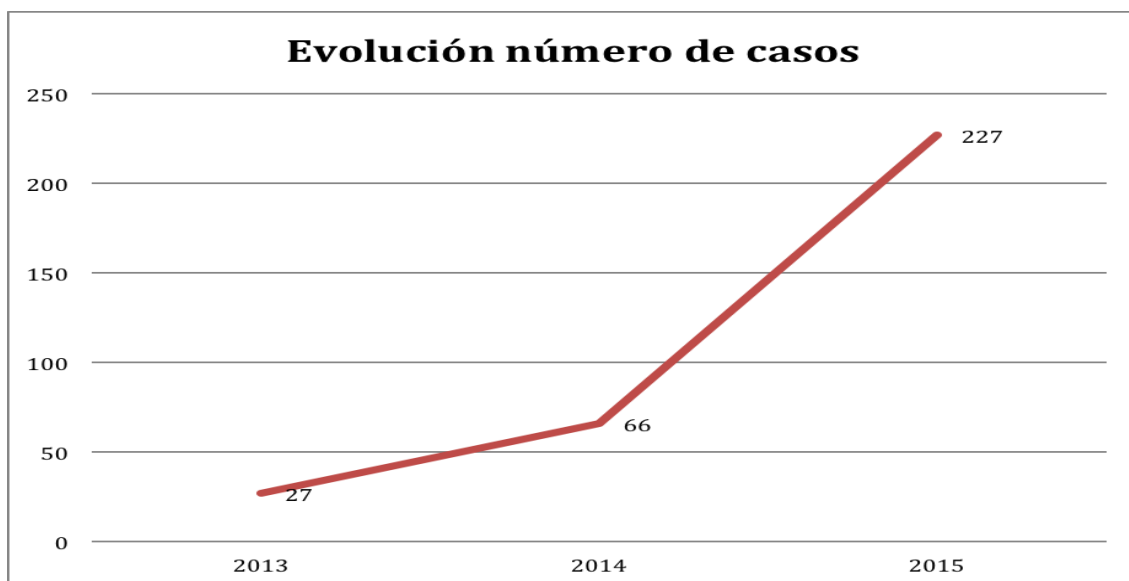
confirmó que puede reducirse la transmisión sexual del VIH en las parejas serodiscordantes cuando una de ellas con una carga viral suficientemente alta inicia el tratamiento antirretroviral de forma inmediata. Esto se debe a que el tratamiento farmacológico del VIH reduce la carga viral, en muchos casos hasta niveles indetectables, lo cual favorece que las personas con el VIH sean transmisores menos eficientes del virus (Sayles et al 2012). En el ensayo se partía de investigaciones previas en las que se había demostrado que un mayor nivel de carga viral aumentaba el riesgo de transmisión heterosexual, mientras que no se producía la seroconversión cuando las personas tenían cargas virales indetectables o menores a 1500 copias/mL (Quinn et al 2000: 927). En España también se cumple esta evidencia, tal y como se ha demostrado en un estudio observacional llevado a cabo entre 1989 y 2008 con 648 parejas serodiscordantes (Del Romero et al 2010).

El proceso de especificación supone reconocer que un determinado grupo de personas que tradicionalmente ha estado excluido, necesita apoyos suplementarios de carácter temporal para lograr una plena equiparación con el resto de la población. Los ajustes razonables tomarían en consideración una serie de atributos a los que se otorga relevancia normativa para justificar un trato diferenciado para aquellas personas que son diferentes. Si no se procediese a la adaptación, pudiéndose hacer, entonces se estaría discriminando a las personas pues se les estaría dando un trato diferenciado que no estaría justificado. Por tal motivo, y siguiendo un caso que posteriormente se comentará, debe garantizarse el acceso a la función pública de las personas con VIH en igualdad de condiciones que el resto de las personas ya sea considerando que el VIH no es relevante normativamente para impedir que concurren a las oposiciones, ya sea considerando que el VIH es normativamente relevante para establecer un ajuste razonable y con ello permitir que mantengan su puesto de trabajo.

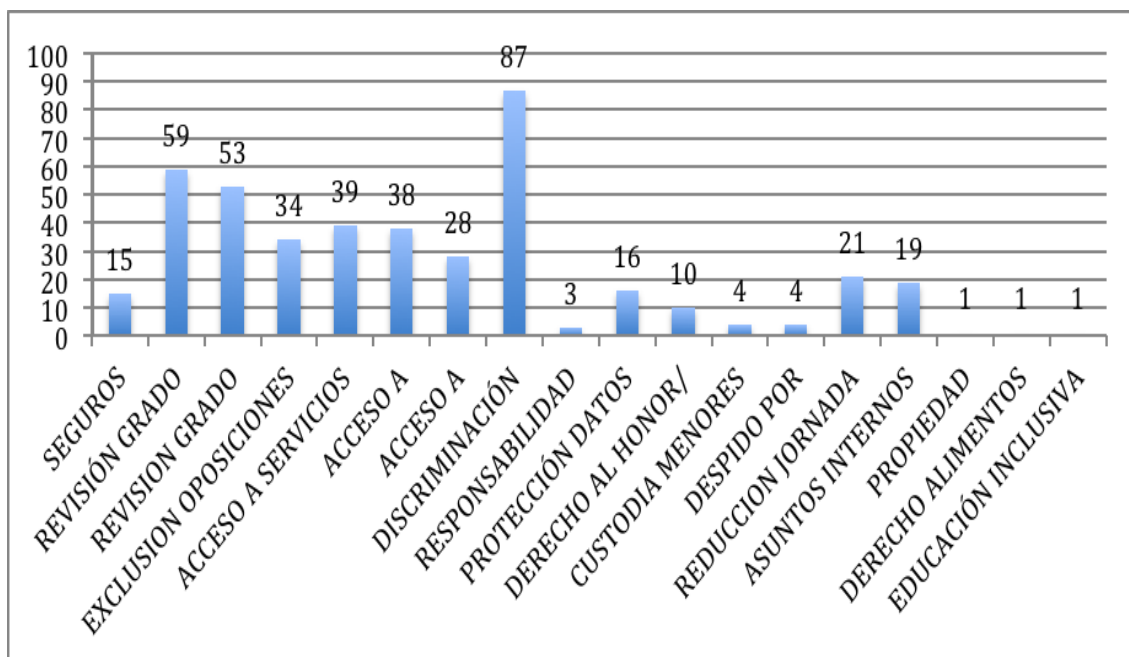
Ambos casos, la generalización y la especificación, permiten que las personas con el VIH accedan a los derechos en igualdad de condiciones. En general, la accesibilidad es una discusión que concierne a todas las personas pues con ella se construye el entorno social y de ella depende la idea de autonomía personal. El ejercicio de un derecho -de cualquier derecho- por parte de una persona -de cualquier persona- sólo es posible si es accesible, esto es, si se disponen los medios necesarios y se dan las condiciones adecuadas para que una persona cualquiera pueda disfrutar del conjunto de facultades que hacen reconocible al derecho del que es titular. La autonomía, pues, debe entenderse no sólo como la ausencia de barreras sino también como la presencia de las condiciones adecuadas. De nada sirve ser titular de un derecho si el acceso al mismo está lleno de obstáculos y de barreras o si no existen las condiciones adecuadas que permitan que una persona pueda disfrutarlo. Por este motivo, los Estados deberían dictar o revisar sus leyes antidiscriminatorias para así proteger a las personas con el VIH tanto si son sintomáticas como asintomáticas (Metnick 2003).

3. LOS CASOS DE LA CLFD

Los casos que se comentan a continuación están resueltos desde la óptica de los derechos humanos, tratando de encontrar una respuesta que equilibre las exigencias del respeto a los derechos de las personas con el VIH, en particular el principio de igualdad y no discriminación, y las exigencias de la salud pública. Son algunos de los 227 casos reales, con un interés comunitario, que han llegado a la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá **durante el año 2015**.



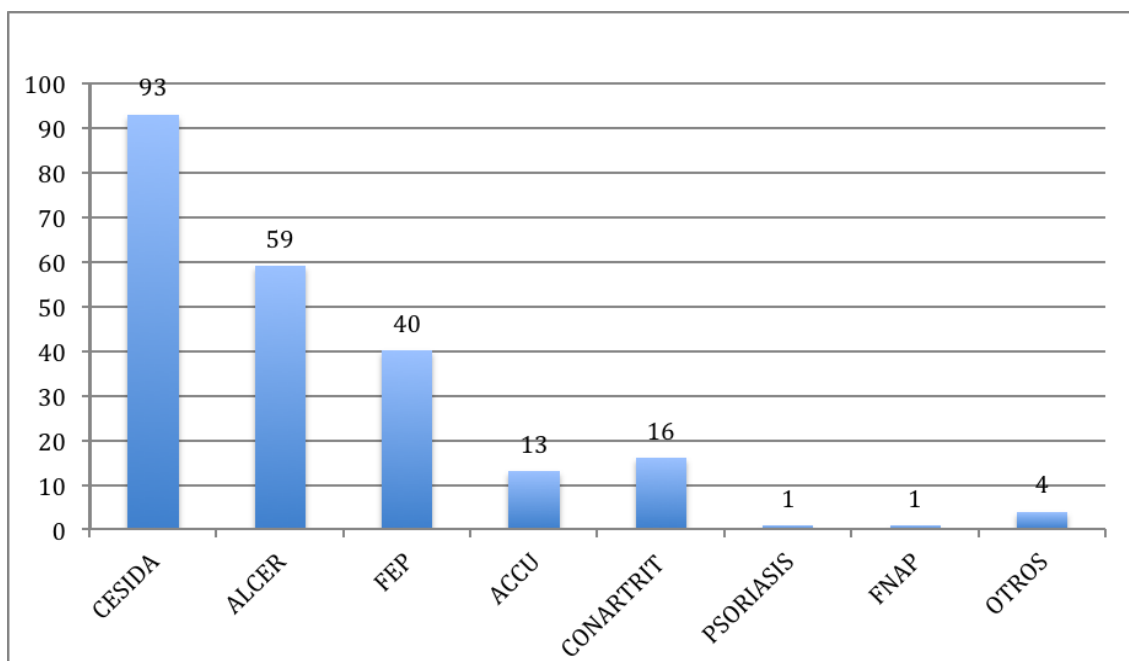
Los temas de estas consultas son muy variadas, como se desprende del siguiente gráfico



Todas las consultas se remitieron a través de las direcciones de correo electrónico clinicalegal@cesida.org o clinicalegal@uah.es, que se pueden encontrar en la página web de CESIDA, www.cesida.org, y de la página web de la CLFD, www.uah.es/facultad-derecho/facultad/clinica-legal.asp. Una vez analizada por el/los profesor/es que hace/n de tutor/es y por el/los alumno/s encargado/s del caso, y una vez resueltas todas las dudas que el relato de los hechos pudiera plantear, se redacta para cada consulta una respuesta personalizada que se remite por correo electrónico a las personas interesadas.

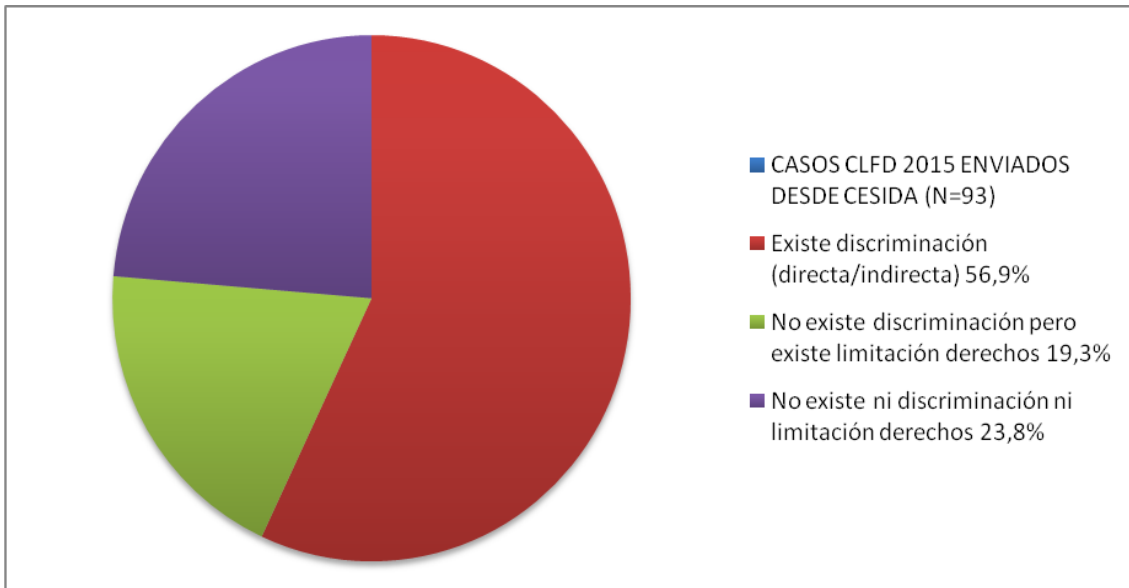
Las consultas que han llegado a la CLFD manifiestan la **existencia de una barrera actitudinal frente a las personas con el VIH pues se sigue considerando que son un ‘peligro social’** y que es necesario limitar su derecho a la igualdad y la no

discriminación pues la sociedad tiene un derecho superior a la salud pública. Como ya se ha señalado, los avances que se han dado en el ámbito médico no se han reproducido en el ámbito social pues las personas con el VIH siguen sin disfrutar los derechos en igualdad de condiciones.

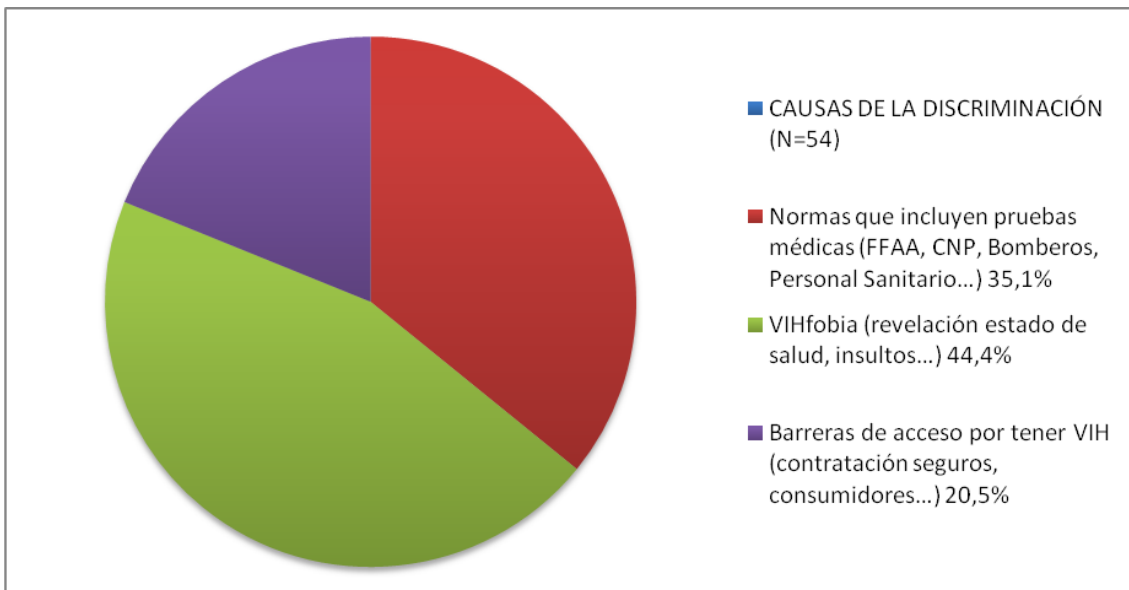


De los 93 casos recibidos en la CLFD por usuarios con el VIH que alegaban ser víctimas de una discriminación, una vez estudiado y realizado el dictamen final, se ha determinado que solo el 56,9%, es decir, 54 casos en los que efectivamente se había producido una situación de discriminación por razón de tener el virus. Es importante tener en cuenta este extremo pues, como señalábamos al principio, no todos los casos recibidos conllevaban una situación de discriminación. El 19,9% de los casos (18 de los casos recibidos) no presentaban indicios de discriminación pero sí se podía advertir la existencia de vulneración de otros derechos (p.e. supuestos en los que los usuarios alegaban por la denegación del tratamiento antirretroviral en una Comunidad Autónoma distinta de la de residencia; supuestos en los que se preguntaba por la protección de datos personales de persona con el VIH con una discapacidad intelectual; o supuestos en los que se había realizado la prueba del VIH sin recabar el consentimiento de la persona afectada).

Asimismo, constituye el 23,8% de los casos (22 de los casos recibidos) aquellos supuestos en los que no se aprecia ni vulneración del derecho a la igualdad ni tampoco la limitación de otros derechos (p.e. supuestos en los que se solicitaba información acerca del derecho de asilo humanitarios por razón de tener el VIH; supuesto en los que se preguntaba por la posibilidad de obtener un visado español de estudio por razón de tener el VIH; supuesto en el que se preguntaba acerca de la posibilidad de acceder a residencia de la tercera edad por persona con el VIH o la posibilidad de tener la custodia de hijo a pesar de tener el VIH). En la siguiente tabla se pueden ver estos porcentajes:



Por otra parte, están los casos de discriminación tanto directa como indirecta. Como ya hemos señalado, estos casos ascienden a 54 del total de 93 casos recibidos. Esta cifra la componen una variedad de situaciones puede observarse en la siguiente tabla:



El 35,1% (19 de los casos recibidos) lo constituyen aquellas situaciones en las que se discrimina a personas con el VIH para el acceso a empleos públicos entre los que se incluyen aquellas profesiones que deban superar un concurso-oposición (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y profesiones sanitarias). El 20,5% (10 casos de los recibidos) lo constituyen aquellos casos en los que tener el VIH supone una barrera para acceder a servicios privados como pueden ser la contratación de seguros de salud o de vida o la contratación de servicios de atención dental, capilar o dietético). El restante 44,4% (24 de los casos recibidos) lo componen todos aquellos supuestos en los que personas con el VIH se han visto menoscabadas en su honor y derecho a la intimidad por

el simple hecho de tener el VIH. Nos referimos a situaciones en las que se ha producido la divulgación deliberada de información sanitaria en perjuicio de una persona con el VIH, los insultos a través de redes sociales, el sometimiento a exámenes médicos en el ámbito laboral que incluyen la prueba del VIH cuando ésta es irrelevante para el desarrollo de ciertos puestos de trabajo, etc.

En todos estos casos se observa cómo a pesar del entramado normativo construido por la Constitución y el Derecho antidiscriminatorio siguen existiendo un conjunto de barreras institucionales, basadas en respuestas fundamentadas en las exigencias de salud pública, y actitudinales, basadas en prejuicios, hacia las personas con el VIH. A continuación hemos seleccionado dos de los casos de los temas en los que más se han repetido consultas acerca de posibles situaciones discriminatorias.

3.1 Discriminación por tener el VIH en el acceso a puestos de trabajo de ofertas de empleo público

Esta consulta aborda el tema más recurrente cuando hablamos de discriminación. Se trata de un supuesto en el que no solo se ve implicado el derecho del artículo 14 CE sino también el derecho al trabajo, el derecho a la elección de profesión y el derecho de acceso a la función pública. Y es, además, un ejemplo claro de la situación de discriminación en la que se encuentran las personas con el VIH al no ser consideradas como personas con discapacidad por el simple hecho de ser seropositivas.

Los hechos que se planteaban eran los siguientes: una persona con el VIH nos manifestó su intención de presentarse a las oposiciones para Guardia Civil y se pregunta si puede hacerlo pese a que ha tenido noticias de que las personas con el VIH son excluidas del procedimiento. Señalaba que su carga viral es indetectable y que cada 6 meses tiene controles médicos que van evidenciando su mejoría.

Este caso concreto constituye un supuesto ya típico en la CLFD. Por este motivo, lo primero es señalar al usuario que son muchas las personas que tienen la intención de prepararse o están en fase de preparación de los exámenes de la oposición al Cuerpo de la Guardia Civil y que han sido diagnosticadas del VIH. Pero no sólo se reciben consultas de aspirantes seropositivos para la Guardia Civil sino también para el Cuerpo Nacional de Policía, Instituciones Penitenciarias o las Fuerzas Armadas.

El desconocimiento de los usuarios no solo se centra en la forma de proceder y de saber si existe alguna alternativa pese a la exclusión médica establecida hacia las personas con el VIH en las bases de la convocatoria de un determinado proceso selectivo de empleo público, sino también recae en el motivo de la existencia de tal cláusula de exclusión. Por tal motivo, resulta necesario ofrecer una explicación razonada que les permita entender por qué ésta se mantiene tal exclusión, qué pueden hacer contra ella y las posibilidades de éxito de su pretensión.

Así pues, en la convocatoria actual al Cuerpo de la Guardia Civil (Resolución 160/38045/2015, de 6 de mayo), y muy posiblemente las sucesivas, establecen la realización de pruebas médicas a lo largo de las fases del proceso selectivo. Con estas pruebas lo que se busca es que los aspirantes cumplan con una serie de requisitos médicos, referentes a enfermedades o discapacidades, que no les impidan el desempeño de las funciones del puesto. Asimismo, es usual que en las convocatorias de empleo

público en cualquier nivel se incluya un cuadro de exclusiones médicas pues se entiende que quien las tenga no podrá desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo.

También es usual que el VIH, expresa o implícitamente, esté incluido entre esas causas de exclusión. De ahí que las personas con VIH, independientemente de que sean sintomáticas o asintomáticas, sean excluidas de muchas ofertas públicas de empleo, en especial de aquellas que están relacionadas con los cuerpos y fuerzas de seguridad, como es el caso que presentamos en esta ocasión.

Sin embargo, el problema es que el cuadro de exclusiones médicas vigente que afectaría a esta persona y le excluiría del proceso selectivo por el que está optando data del año 1996. En este cuadro el VIH se contempla como parte de estas exclusiones cuando se hace la referencia a “Enfermedades, defectos físicos o anomalías hereditarias, constitucionales o adquiridas que precisen algún tipo de tratamiento específico y/o de larga duración, o supongan riesgo o rechazo para las relaciones sociales o la convivencia dentro del Cuerpo”, y, a “Enfermedades inmunitarias y alérgicas de cierta importancia funcional o pronóstica” (apéndice b, apartados 1 y 6, Orden 1996). Por este motivo, si una persona con VIH se presenta a estas pruebas y se somete al reconocimiento médico, será excluida por no poder desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo.

Desde la Clínica Legal consideramos que, actualmente, en 2016, esta exclusión hacia los aspirantes con el VIH no tiene una justificación legal. En primer lugar, porque existen medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT); en segundo lugar, porque los tratamientos antirretrovirales han mejorado enormemente, y, en tercer lugar, porque es posible que una persona mantenga una carga viral baja o indetectable, lo cual evidencia que el tratamiento es la mejor prevención de la transmisión. En el año 1996 esta exclusión podía justificarse porque la infección por VIH aún era mortal y no existían los tratamientos de gran actividad, como los que hay ahora, que consiguieran frenar de forma rotunda la enfermedad y su transmisibilidad. Pero a día de hoy el VIH se ha convertido en una enfermedad crónica cuya prevención y tratamiento tiene unas pautas muy determinadas y claras.

Por estos motivos esta exclusión injustificada vulnera no solo el principio de prohibición de la discriminación que garantiza el artículo 14 de nuestra Constitución sino también el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 y 103 CE). Esto es así porque nuestra Constitución no permite que se limiten nuestros derechos salvo que exista una causa que lo justifique. En este caso, la justificación para limitar estos derechos en el caso de las personas con el VIH estaría fundamentada en el hecho de que tener una *‘enfermedad adquirida que precise algún tipo de tratamiento específico y/o de larga duración, o suponga riesgo o rechazo para las relaciones sociales o la convivencia dentro del Cuerpo’* supone no solo una merma en el correcto desempeño como Guardia Civil sino también un peligro para la salud pública y para la salud de terceras personas (los compañeros de trabajo y otras personas).

Es por eso que se establece una limitación del derecho de acceso a aquellas personas que tengan una determinada enfermedad (en este caso el VIH) o discapacidad en la legislación específica tanto de acceso al Cuerpo de la Guardia Civil como de prevención de riesgos laborales en el Cuerpo de la Guardia Civil (Real Decreto

179/2005). Esta exclusión de la norma se justifica, pues, en que tener el VIH limita el ejercicio de las funciones esenciales del puesto de trabajo por esa hipotética puesta en peligro de la salud pública y la de terceras personas porque se considera al VIH dentro del grupo de *‘Enfermedades inmunitarias y alérgicas de cierta importancia funcional o pronóstica’*.

Esta argumentación no está justificada porque ninguna persona con el VIH supone un peligro para la salud pública ni para la salud de terceras personas en el desempeño de la profesión de Guardia Civil si se adoptan las MUPT y si se tiene un buen estado clínico. Por lo tanto, con esta exclusión se está produciendo una discriminación por razón de enfermedad, algo que nuestra Constitución prohíbe (art. 14 CE). Además, la limitación del derecho de acceso a la función pública tampoco estaría justificada cuando es posible encontrar una medida menos dañina que, salvaguardando la finalidad de proteger la salud pública y la salud de terceras personas, permita acceder a la función pública si se aprueban las oposiciones al Cuerpo de la Guardia Civil.

En segundo lugar, el hecho de adoptar las medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT) que protegen tanto la salud pública como la salud de terceras personas como la propia salud del aspirante constituye una alternativa menos dañina que permitiría acceder al Cuerpo de la Guardia Civil. Esto es así porque los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a proteger su salud y para ello utilizan una serie de medidas de seguridad que no sólo evitan que se les transmita el VIH a ellos sino que también evitan que ellos transmitan el VIH a terceras personas. Estas medidas y el procedimiento para su inspección y control así como la vigilancia de la salud de los trabajadores están recogidas principalmente en los artículos 4, 6, 7, 12 y 15 del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

Estas medidas son tomadas por todos los cuerpos de funcionarios que estén o puedan estar en contacto directo con sangre o cualquier tipo de fluido orgánico. Concretamente, este conjunto de medidas de prevención de la transmisión van desde las normas de higiene personal (por ejemplo, el lavado de manos) hasta la utilización de guantes, trajes especiales, etc. Estas y otras MUPT se describen en el documento *‘Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Transmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC), adoptadas en 1998 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad’*. Asimismo, la Administración adopta las medidas necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados para las tareas a desempeñar y garanticen la seguridad y salud de los funcionarios según dispone el Real Decreto 179/2005.

Si a estas medidas añadimos la buena adherencia al tratamiento farmacológico por parte del interesado y el control periódico al que estaría sometido para determinar la carga viral, cualquier persona con el VIH deja de ser un riesgo para la salud pública y para la salud de terceras personas y puede desempeñar las funciones de un puesto de trabajo como el de Guardia Civil sin inconvenientes. Otra cuestión que es importante tener en cuenta es que no todas las labores y funciones del Cuerpo de la Guardia Civil son iguales pues hay muchas otras que podrían ajustarse a la situación médica y que podrían desempeñarse, si así se determinara. Esto es así porque el VIH no es absolutamente relevante en esas labores y porque la propia normativa establece la

adopción de medidas que permitan el desarrollo de la profesión en condiciones de igualdad, eliminando toda discriminación o desventaja, en los procedimientos de evaluación para determinar si existe insuficiencia en las condiciones psicofísicas (art. 100 Ley 29/2014, de 28 de noviembre). Es importante este extremo sobre todo teniendo en cuenta que hay miembros del Cuerpo de la Guardia Civil que desarrollan la enfermedad una vez que ya se han incorporado al Cuerpo y no son automáticamente dados de baja.

Ante este tipo de casos, si se decide continuar con el procedimiento existen las siguientes alternativas. En primer lugar, en el momento en que se publique la convocatoria de concurso-oposición al Cuerpo de la Guardia Civil se puede impugnar las bases de la convocatoria por incluir una serie de requisitos médicos generales que excluyen a todo un colectivo, sin tener en cuenta la situación individual de la enfermedad en cada persona. Es decir, se realiza una exclusión genérica que es discriminatoria pues no tiene en cuenta la diversidad de situaciones entre las personas que viven con el VIH, algunas no incompatibles con el ejercicio de las funciones esenciales del Cuerpo de la Guardia Civil, como puede ser su caso de la persona que remitió esta consulta. Esta opción supone enfrentarse de forma genérica a la Administración pues se están impugnando unas bases que se consideran que son ilegales por discriminatorias. Con ello lo que se pretende conseguir es que el cuadro de exclusiones médicas se anule. Para impugnar estas bases se debe presentar un recurso administrativo de reposición ante la Dirección General de la Guardia Civil, en el plazo de un mes desde la publicación oficial, o directamente un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, en el plazo de dos meses. Para éste último caso se necesitará de los servicios de un abogado y procurador.

La segunda opción es impugnar la decisión administrativa que le excluiría del proceso selectivo. Es decir, que una vez se pase el reconocimiento médico, la persona afectada tendría la posibilidad de oponerse a la decisión administrativa que se dictará una vez que se conozca que tiene el VIH, tras las pruebas médicas entre las que se incluye el análisis del VIH. En este recurso se deberá argumentar que se están vulnerando sus derechos constitucionales porque su exclusión se ha basado exclusivamente en su estado serológico, supuesto que contraviene la prohibición de discriminación por razón de salud según el artículo 14 de nuestra Constitución. Asimismo, se debe reiterar el hecho de que incluir el VIH entre los criterios de exclusión supone un acto de discriminación no justificado en tanto que no entra a valorar de manera individualizada el VIH de cada aspirante en concreto. No obstante, con esta segunda alternativa usted corre el riesgo de que su recurso se considere inadmisibile por no haber impugnado previamente las bases de la convocatoria. Por tal motivo, le recomendaría general es que se lleve a cabo la primera de las opciones mencionadas.

Debido a la experiencia que tenemos en este tipo de casos, conocemos que la Administración es reacia a entrar a valorar la licitud o ilicitud de unas bases si éstas no se han impugnado previamente (en el momento de su publicación), ya que por lo general presume que si una persona ha presentado la solicitud a un proceso selectivo sin impugnar las bases, está tácitamente aceptando las mismas.

Este ejemplo nos da la posibilidad de ver con claridad el alcance de la discriminación por razón de la enfermedad pues el hecho de que una norma que no ha

tenido en cuenta los grandes avances que ha habido en el tratamiento y en la prevención de la transmisión del VIH continúe limitando el acceso a los empleos públicos a las personas seropositivas no debería seguir en vigor. A ello hay que añadir que cuando una persona tiene una carga viral estable no debería afectar en ningún momento a la capacidad funcional, ni al desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo que deberá desempeñar una vez superada la oposición.

A pesar de que el Ministerio del Interior ni los Tribunales no son proclives a aceptar esta argumentación se recomienda utilizar las opciones legales para defenderse de una actuación claramente subjetiva y desproporcionada que no atiende a la falta de aptitud para desempeñar el puesto y que vulnera el derecho a acceder a un empleo público en condiciones de igualdad.

3.2 Discriminación a una persona con el VIH que recibe insultos a través de una red social

Este caso también forma parte de las consultas recurrentes recibidas en la CLFD. De ahí la necesidad de desarrollarlo en este informe. Así pues, si una persona con el VIH comprueba que se han publicado en una red social (por ejemplo, Facebook) contenidos difamatorios u otras acciones que atenten contra su derecho a la intimidad referidos sobre su estado de salud, aquella tiene la posibilidad de ejercer acciones tanto de naturaleza penal como de naturaleza civil. La acción penal supone obtener, en su caso, una condena de multa en los términos que establece la ley, mientras que la vía civil implica una satisfacción de carácter económico (indemnización) a favor de la persona ofendida. Sin perjuicio de lo anterior, también se puede acudir a la vía administrativa ante la Agencia Española de Protección de Datos para solicitar la cancelación de sus datos a los responsables de la red social.

El recurso a la AEPD es posible porque un dato personal que afecta a la salud de una persona se ha visto expuesto a través de una red social, lo cual supone la existencia de un fichero de datos de carácter personal. Estos hechos suponen una vulneración de la protección de sus datos de carácter personal y para verse restablecida la persona afectada, en primer lugar, ha de dirigirse al responsable del fichero o al encargado del tratamiento de éste. Así, siguiendo con el ejemplo de Facebook, la persona afectada debería dirigirse al responsable de la página de Facebook, mediante carta certificada, correo electrónico con acuse de recibo, o burofax para que lleven a cabo la cancelación de los datos. En el artículo 16 LOPD se regula el derecho de cancelación. En la solicitud de cancelación usted debe indicar la existencia del dato tratado ilegalmente, en este caso, su enfermedad, por lo que deberá acompañarlo de la documentación justificativa.

Es decir, debe aportar, por ejemplo, capturas de pantalla y los perfiles de Facebook donde aparezca el tratamiento inadecuado o ilícito de sus datos. Los responsables de Facebook tienen la obligación de hacer efectivo el derecho de cancelación en el plazo de 10 días naturales. En cualquier caso, la red social deberá contestar de forma motivada a la solicitud que se le dirija.

Sólo se podrá denunciar ante la AEPD si Facebook no da respuesta en el plazo establecido de los 10 días (art. 32.2 y 3 RLOPD). El plazo de 10 días empieza a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo, usted podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 LOPD mediante un escrito, en el que se expresen

con claridad sus datos personales, el contenido de la reclamación y los preceptos de la LOPD que considere vulnerados. Al ponerse en contacto con la AEPD deberá describir el problema con los suficientes pormenores. La Agencia, a continuación, dará traslado de la reclamación a Facebook, instándole para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime pertinentes. La AEPD tramitará el correspondiente procedimiento administrativo y resolverá el mismo en el plazo máximo de 6 meses, dando traslado de su resolución a las partes.

Si la AEPD admite la reclamación, requerirá a Facebook para que, en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación, haga efectiva la cancelación, debiendo dar cuenta por escrito de dicho cumplimiento a la AEPD en idéntico plazo. Si la AEPD no contesta en el plazo de seis meses, la reclamación será admitida por “silencio administrativo positivo”. En el caso de que se produzca silencio positivo y, por lo tanto, se produzca la estimación, debe solicitarse ante la AEPD una certificación de actos presuntos, o bien, se puede presentar en la AEPD y solicitar una resolución expresa estimatoria por transcurso del plazo de 6 meses y su consecuente ejecución.

Junto a esta acción administrativa se pueden iniciar acciones penales. El bien jurídico protegido es el honor de las personas (art. 18.1 CE) y su dignidad (art. 10.1 CE). El Tribunal Constitucional ha reiterado que la CE no ampara el “derecho al insulto” pues la libertad de expresión no protege el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecios (SSTC 105/1990, FJ 8; 85/1992, FJ 4).

Los hechos descritos podrían constituir un delito leve de injurias (por ejemplo, porque se advierte en la red social que fulanito de tal tiene Sida). El procedimiento a seguir aquí, por tanto, es el del juicio sobre delitos leves (artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Este procedimiento es de nueva implantación y una de sus características es que la asistencia de abogado no es preceptiva. Por tanto, al no ser obligatorio acudir con abogado, no se podría acceder a la justicia gratuita. Si no puede costearse un abogado, la persona afectada tendrá que llevar al juicio todos los medios de prueba por los que va a hacer valer su pretensión: los documentos con las capturas de pantalla en las que se muestran las frases supuestamente escritas por la persona denunciada y dirigidas contra la persona afectada, los testigos que se consideren y, en fin, cualquier medio de prueba en el que se refleje aquello que se está denunciando y pueda ayudar a aclarar el asunto.

El juez dictará sentencia al finalizar el juicio o dentro de los tres días posteriores, notificándose la sentencia a las partes, por lo que debe comunicar un domicilio al Juzgado. Dicha sentencia se puede apelar por cualquiera de las partes en los cinco días siguientes posteriores a su notificación y contra esta sentencia ya no cabrá recurso alguno. La pena que puede imponerse, de acuerdo con el artículo 173.4 del Código Penal, es la pena de localización permanente de cinco a treinta días o multa de uno a cuatro meses.

En orden a la importancia de probar que estamos ante un supuesto de injurias, es relevante tener en cuenta cuándo se dan las mismas y cuándo el honor y la dignidad son lesionados. Según la doctrina jurídica debe existir como presupuesto del delito de injurias, la existencia de expresiones realizadas con propósito de lesionar la honra, el crédito o aprecio de las personas. Además, de acuerdo con la jurisprudencia la injuria requiere la concurrencia de un elemento subjetivo denominado *animus injuriandi* que

viene representado por la finalidad de la acción que ha de estar dirigida a producir una lesión del honor y la dignidad de una persona. Para examinar el *animus injuriandi*, dada la naturaleza circunstancial de este delito, es preciso atender al ánimo o intención de quien las pronuncia, y a las circunstancias de ocasión, tiempo y lugar en que se pronuncian.

La competencia territorial del tribunal vendrá determinada en función del lugar donde se cometió el delito. Si se comete mediante una red social, la cuestión de la competencia territorial es importante pues puede ocurrir que la página de Facebook esté fuera de España. La solución la encontramos en la *teoría de la ubicuidad*, con arreglo a la cual puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado. La teoría de la ubicuidad es perfectamente asumible por nuestro ordenamiento, al no manifestarse expresamente el artículo 23.1 LOPJ sobre el lugar de comisión, permite cualquier interpretación. Esta labor resultaba complicada en los casos de redes sociales, debido a su alcance, no sólo por la inmediatez sino por la ruptura de fronteras.

La ejecución de un hecho como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados, esto es, conlleva la obligación que se tiene de asumir las consecuencias patrimoniales que se derivan de la comisión de un hecho dañoso. Es lo que se conoce como responsabilidad civil derivada de delito. Su nacimiento está condicionado a la existencia de daños patrimoniales o no patrimoniales (morales) causados a alguna persona, que deben ser reparados. Es decir, la comisión del delito de injurias produce daños morales que hay que restituir, reparar e indemnizar. La restitución no cabe en el supuesto que nos ocupa, ya que el bien jurídico protegido no es un objeto material. Sí cabe la reparación del daño que puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, y que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los causados al usuario, sino también a sus familiares o a terceros. Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

La última opción es ejercer sólo y exclusivamente la acción civil. En el supuesto de ejercicio exclusivo de la acción civil ni siquiera se inicia el proceso penal dado que el presuntamente ofendido no presenta una querrela privada y, con ello, renuncia tácitamente a la acción penal derivada del delito. En esta vía se acude directamente ante el Juez de Primera Instancia presentando una demanda para reclamar los daños y perjuicios derivados de la conducta del demandado que pudiera ser constitutiva de delito de injuria, por lo que considera una intromisión ilegítima en su derecho al honor. El plazo para el ejercicio de la acción civil para la tutela del derecho al honor es de cuatro años (art. 9.5 LO 1/1982), además no es de prescripción sino de caducidad. Es decir, que transcurrido el plazo se puede volver a reabrir y empiezan a contar los plazos de nuevo. La LEC establece un único procedimiento para la tutela del derecho fundamental al honor, que se decide según las normas comunes del juicio ordinario (art. 249.1.2º LEC).

La cuantía de la indemnización determinaría la cuantía del proceso y habrá de expresarse de conformidad con lo que exige el artículo 253.2 LEC: “La cuantía de la demanda deberá ser expresada con claridad y precisión. No obstante, podrá indicarse en

forma relativa, si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal. En ningún caso podrá el actor limitarse a indicar la clase de juicio a seguir, ni hacer recaer en el demandado la carga de determinar la cuantía”.

La sentencia que declare la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor se pronunciará sobre los efectos jurídicos de la misma pretendidos por el actor. La principal forma de protección del derecho al honor consiste en la condena del responsable de la intromisión ilegítima a indemnizar los perjuicios causados. Esta responsabilidad se rige por las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 y siguientes CC), aunque la propia LO 1/1982 establece algunas especialidades en cuanto a la valoración económica del daño.

Junto a estas acciones (penales o civiles) es necesario solicitar una serie de medidas cautelares destinadas a poner fin a la intromisión ilegítima: acciones de cesación y de abstención. En efecto, además de una indemnización, la persona afectada por una intromisión ilegítima puede solicitar del Juez “la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones posteriores”. Las medidas cautelares para las injurias y las calumnias habrán de solicitarse a instancia de parte (art. 721 LEC). Es decir, debe solicitarlas el usuario. El tribunal competente para su adopción será el que esté conociendo del asunto en primera instancia (art. 723 LEC). Si el proceso no se ha iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal. Es recomendable solicitar las medidas cautelares recogidas en el artículo 726.2 LEC, que establece: “(...), el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”, y las recogidas en el artículo 727 LEC referida a la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta. Con estas medidas cautelares se trata de evitar posibles situaciones que podrían producirse por el retraso de la sentencia estimatoria, es decir, que continúen los comentarios en Facebook. Se pueden solicitar estas medidas en distintos momentos, aunque es aconsejable que se soliciten antes de comenzar el proceso para que cesen los comentarios en la red social (art. 730 LEC).

3.3 Discriminación por tener el VIH en el acceso a servicio sanitario

A la CLFD durante el pasado año han llegado varios supuestos en los que personas con el VIH han sido discriminadas al ir a contratar un servicio. El caso más repetido, sin duda, es aquel supuesto en el que las personas con el VIH son excluidas automáticamente cuando desean contratar un seguro de vida o de salud. Sin embargo, el caso que desarrollaremos a continuación se refiere al acceso a servicios sanitarios privados por una persona con el VIH.

Los hechos que se planteaban eran los siguientes: una persona con el VIH, con buen estado clínico y carga viral indetectable, se dirige a una clínica dental para recibir atención es relegada a ser atendida a la última cita del día con base en su enfermedad y justificándolo como medida de prevención. Este caso también constituye un claro ejemplo de discriminación por motivo de enfermedad.

Son frecuentes los casos en los que, en el ámbito sanitario, los pacientes son relegados al último turno para sus intervenciones. La justificación de esta práctica suele estar basada en la prevención y disminución de riesgos de transmisión de la enfermedad. Sin embargo, este trato diferenciado que se dispensa a las personas con el VIH con respecto al resto de pacientes no está justificado en cuanto a su propósito, finalidad y efectos, es decir, estamos ante una discriminación directa prohibida por el Derecho español y contraria al principio de justicia que debe estar presente en las relaciones sanitarias. Constituye, además, una práctica contraria a los Derechos y Obligaciones del Paciente, normativa interna básica en el ámbito sanitario, pues estos deben recibir atención sanitaria en condiciones de igualdad, sin que pueda ser objeto de discriminación por razón alguna, respetando su personalidad, dignidad humana e intimidad.

Es la propia entidad médica la que establece en el ámbito de sus actuaciones el derecho de los pacientes a la igualdad y la no discriminación por lo que la actuación se llevó a cabo en este caso no solo se puede argumentar contraria a un derecho fundamental, establecido en la Constitución Española, sino que también se debe exigir la responsabilidad a la propia entidad médica y de sus trabajadores en tanto en cuanto deben velar por el cumplimiento de este derecho y en la importancia del mismo en las actividades que realizan.

La medida que utiliza su Clínica relegar la cita al último turno del día es inadecuada en cuanto a su propósito y finalidad, dado que para disminuir los riesgos de posible transmisión de cualquier enfermedad, en este caso del VIH, resulta preceptivo realizar la adecuada utilización del material, así como utilizar unas medidas globales de prevención, las medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT) aplicables a toda persona, no requiriéndose y siendo además discriminatorio, el hecho de aplicar unas medidas específicas en detrimento de las anteriores. Por este motivo, ante un supuesto como el que relatamos nos encontraríamos ante una discriminación injustificada que por razón de enfermedad.

Además de una vulneración de los derechos fundamentales de las personas que tienen VIH, el hecho de considerar que la seropositividad al VIH requiere en todo caso de medidas preventivas específicas en el ámbito sanitario supone aplicar ciertas medidas preventivas solo a estas personas o a las que sean sospechosas de tener la enfermedad. Esto resulta no solo discriminatorio, sino que además puede acarrear enormes perjuicios desde el punto de vista de la salud. Uno de estos problemas que se dan es la falsa sensación de seguridad que se genera pues, tal y como aparece en el INFORME ONUSIDA, *“La discriminación arbitraria puede engendrar un exceso de confianza peligroso entre las personas y grupos que no sean objeto de una atención especial, lo que les inducirá a creer que no corren ningún riesgo. (...)”*. No se tiene en cuenta el hecho de que cualquier persona que no tenga diagnosticado el VIH o no se sospeche por los profesionales sanitarios que pueda tenerlo, sí que podría también tenerlo (así como cualquier otra enfermedad infecciosa) y no se le estarían aplicando esas mismas medidas preventivas. Así pues, lo lógico es aplicar las MUPT a todos los pacientes y no solo a la persona que se sabe que tiene el virus. Esto es así porque es más que sabido que cualquier persona puede tener el VIH y desconocerlo, por tanto, la aplicación de las correctas medidas de prevención y disminución de riesgos deberían ser algo generalizado para todas las personas, no creándose así la discriminación que se está produciendo en este caso. Incluso cuando se trate de procedimientos sanitarios que

implican el contacto con sangre u otros fluidos corporales no es preciso que se adopten medidas extraordinarias puesto que las medidas universales son suficientes para garantizar su protección.

Si a ello se añade el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales y se tiene en cuenta que los avances en el tratamiento de la infección han dado lugar a una evidencia científica sobre los riesgos de la exposición al virus bajo diferentes circunstancias, llegándose a determinar que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática (por debajo de 1500 copias/ml) la transmisión no llega a producirse nunca, no cabe justificación al trato diferenciado. Y con más razón en el caso que se planteaba pues tener el VIH indetectable y teniendo en cuenta la terapia antirretroviral de alta eficacia, es claro que no existe motivo alguno para dar un tratamiento diferenciado.

Ante casos de este tipo lo que se debe hacer es recomendar el inicio de la vía extrajudicial pues es importante que se deje constancia de la situación discriminatoria en estas primeras instancias: se debe plantear una reclamación ante el servicio de atención al cliente del propio centro privado y también ante la Oficina de Atención al Consumidor del ayuntamiento correspondiente.

Sin perjuicio de llevar a cabo las acciones anteriormente señaladas, en estos casos también existe la posibilidad de acudir a la vía judicial mediante recurso de amparo civil o amparo judicial ordinario. Esto es así porque el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocido en el artículo 14 CE tiene reconocida una protección judicial especial frente a las agresiones de los particulares en el artículo 53.2 CE, la Disposición Transitoria 2ª.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo 249.1. 2º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

La protección judicial especial de la que hablamos consiste en un proceso ante los órganos jurisdiccionales (juzgados y Tribunales) ordinarios, caracterizado por la preferencia (primacía sobre otros asuntos, con independencia del orden de entrada). En este caso, por tratarse de materia de protección civil de derechos fundamentales, la demanda de amparo civil deberá presentarse ante el Juzgado de Primera Instancia de donde la persona tenga establecido su domicilio (artículos 45 y 52.1.6 LEC).

Por la misma razón, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el procedimiento de juicio ordinario que impone la asistencia letrada, es decir, deberá ir acompañado por abogado y procurador. Esta imposición cobra importancia a la hora de determinar las costas, pues si la persona gana el proceso los honorarios de su abogado y procurador serán finalmente impuestos a la otra parte. Por el contrario, si pierde, le pueden ser impuestas las costas que conllevarán los honorarios de los abogados de la parte contraria y los propios.

La responsabilidad del centro o clínica se fundamenta en el artículo 1902 del Código civil, 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”*. Si la clínica o centro dependiera de otro también se le podría exigir a ese otro responsabilidades pues el artículo 1903 del mismo código, que dice que *“la obligación que impone el artículo anterior [el artículo 1902] es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... lo son los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios*

causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

Es necesario recoger en la demanda los hechos constitutivos de vulneración de derechos junto con todos los documentos que los acrediten. En cuanto a la fundamentación jurídica, se deberá incidir expresamente en que la medida que se fue aplicada por razón de la enfermedad es discriminatoria. Dicha medida no responde a un juicio de proporcionalidad, pues establece diferencias de trato que difieren de las que derivan del propio proceso de tratamiento y de las limitaciones objetivas que se impongan por razones de salud pública. Estas medidas son, además, unas medidas específicas que estigmatizan y discriminan a las personas con el VIH y que no tienen en cuenta que deben aplicarse las medidas preventivas generales para todos los pacientes.

La petición de la demanda de amparo civil se referirá al reconocimiento y restitución de su derecho a la igualdad mediante la nulidad de la eventual cláusula del protocolo de prevención, por la cual sólo se atenderían a personas con VIH a última hora. También, podrá solicitar que, de introducir una nueva cláusula en el supuesto protocolo, esta respete el derecho fundamental a la igualdad para que no se produzcan nuevas discriminaciones. Asimismo, dentro de las posibles peticiones que puede formular se encuentra la de suspender la eventual cláusula actual del protocolo de actuación hasta que haya una resolución al respecto.

La cuantía de la indemnización pretendida deberá adecuarse específicamente a los diversos daños y perjuicios. Para el caso de los daños morales, que es el que en este caso cabría solicitar, resulta difícil la estimación detallada de la vulneración del derecho fundamental, por lo que deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada incluyendo la gravedad duración y consecuencias del daño.

La segunda opción que tendría esta persona para la restitución de su derecho fundamental la encontramos en la vía penal ante una posible comisión delictiva. En esta opción se podría ejercer la acción penal y civil conjuntamente. Para recabar la tutela de los tribunales ordinarios en el ámbito penal, se puede interponer una querrela o una denuncia. Estas dos figuras se diferencian principalmente en que, mientras que presentar denuncia supondría poner unos hechos en conocimiento de la autoridad, la querrela implicaría, además, querer ser parte acusadora en el proceso penal.

El derecho a presentar querrela y su forma se regula en los artículos 270 a 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su interposición debe ser por medio de procurador y debe ser suscrita por un abogado; el hecho de elegir la interposición de la querrela frente a la denuncia, como decíamos, le convierte parte en el proceso penal que se va a desarrollar. Por otro lado, la figura de la denuncia aparece regulada en los artículos 259 a 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se decide interponer una denuncia, debe tenerse en cuenta que esta se caracteriza por ser una declaración que efectúa una persona para poner en conocimiento del Juez, Ministerio Fiscal o la policía, unos hechos que se considera que pueden ser constitutivos de un delito. A diferencia de la querrela, el denunciante no interviene personalmente como parte acusadora en el desarrollo del proceso penal y tampoco es necesaria la intervención de abogado o procurador, ni tampoco la prestación de fianza. Sin embargo, aunque no sea parte en el procedimiento, por haber interpuesto una denuncia y no una querrela, en su condición de potencial

víctima de un delito tiene, en virtud de los artículos 5, 7 y 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, el derecho a recibir información sobre la causa penal y a que se le notifiquen determinadas actuaciones y resoluciones al domicilio que haya designado.

Una vez aclaradas las diferencias entre la querrela y la demanda, si finalmente se postula por la vía penal, interponiendo cualquiera de las dos figuras, habrá que pasar a examinar el delito que se podría atribuir a la actuación de la Clínica, en el cual deberá motivar la querrela o la denuncia. Así, de acuerdo con el artículo 512 del Código penal, *“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, **enfermedad** o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”*.

Este tipo penal sería aplicable a este caso puesto que al usuario se le está negando un servicio al que tiene derecho. Las infracciones que castiga el CP consisten en la realización de conductas dolosas de denegación de una prestación a las que otro tiene derecho, por la mera pertenencia de la víctima a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma, es decir, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

Este sería el tipo penal en el que la denuncia o querrela deberían fundamentarse. Cualquiera de ellas debe ser dirigida a la persona que ejecuta el acto que constituye la infracción y responsable directa del acto. Ante la interposición de denuncia o querrela, dependiendo de la elección, podrán ir dirigidas no solo contra la persona que le discriminó sino también contra la Clínica Privada como persona responsable civil subsidiaria, conforme al art. 31 bis 1 CP en relación a *“los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

4. CONCLUSIONES

Este informe no solo ha pretendido plasmar la importancia que desde el punto de vista de los derechos humanos y la realidad social ha de ser tratado el VIH sino que tiene, sobre todo, una finalidad práctica. Desea llamar la atención en sentido positivo sobre lo mucho que en este terreno queda por conseguir tanto social como normativamente y en ello se ha querido insistir y profundizar; desea también poner en alerta sobre los riesgos que los referidos problemas de este colectivo tanto sociales como jurídicos representan para la debida integración de estas personas en igualdad de condiciones al resto de la sociedad. Ello no obsta sino que debe servir de estímulo para que por acuerdo, la legislación vaya introduciendo las mejoras y complementos que la siempre cambiante realidad social vaya demandando. Las conclusiones específicas son las siguientes:

1. La Constitución no prohíbe el trato diferenciado sino la discriminación, la cual se produce, cuando se dispensa un trato diferenciado sin tener en cuenta una justificación razonable, proporcional y objetiva para realizarlo.
2. En España siguen existiendo ámbitos en que las personas con VIH son discriminadas por razón de su seropositividad. Las razones derivan principalmente de la falta de actualización y adecuación normativa y actitudinal con respecto de los datos actuales de la enfermedad.
3. Los mecanismos de promoción y protección de los derechos de las personas con el VIH son muy importantes debido a la discriminación que todavía sufre este colectivo.
4. El VIH debería analizarse desde el modelo social de la discapacidad para ampliar y mejorar los mecanismos de protección frente a la discriminación que sufren las personas con el VIH, en especial aquellas que no alcanzan el treinta y tres por ciento de discapacidad.
5. Se debería ampliar el concepto de ‘persona con discapacidad’ precisamente para incluir a las personas con el VIH que no puedan obtener dicho grado mínimo de reconocimiento. A ello debe añadirse la necesidad de dictar o revisar las leyes de discapacidad y leyes antidiscriminatorias para incluir el VIH/SIDA en su definición de discapacidad por razón del estado serológico.
6. Las personas con el VIH tienen reconocido el derecho a la igualdad y la no discriminación en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.
7. Las personas con el VIH tienen a su disposición mecanismos de protección de sus derechos tanto en el ámbito civil como en el administrativo y en el penal.
8. Debe destacarse la importancia de las MUPT, el riesgo de transmisión y el tratamiento como prevención a la hora de valorar si las restricciones en el derecho a la igualdad son ponderadas y cumplen con los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.
9. A la vista de los argumentos expuestos creemos que puede concluirse que el legislador y los tribunales deberían ser más sensibles a los problemas a los que las personas con VIH deben enfrentarse para salvaguardar su derecho a la igualdad y la no discriminación.
10. Las restricciones y limitaciones que tratan de imponerse a las personas con VIH para que se vean obligadas a desvelar su estado de salud a terceras personas se basan en una serie de ideas preconcebidas sobre esta enfermedad que el desarrollo de las MUPT y de los avances terapéuticos han dejado obsoletas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez González, S. (2011), “Aspectos éticos y jurídicos de la comunicación de datos del paciente con VIH/SIDA a terceros interesados”, *Historia Clínica y Protección de Datos Personales*, A. Garriga y S. Álvarez (dirs), Madrid: Dykinson, pp. 155-179.
- Barranco Avilés, M^a C. (2013), “El VIH y Discapacidad”, *VIH y accesibilidad en tiempos de crisis*, M.A. Ramiro (ed.) Madrid: Dykinson, pp. 85-110.
- Cabra de Luna, M. Á. (2004), “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 50, pp. 21-46.
- Cohen, M.S. et al (2011), “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy”, *New England Journal of Medicine*, 365 (6), pp. 493-505.
- Courtis, C. (2004), “Discapacidad e Inclusión Social: retos teóricos y desafíos prácticos”, *Jueces para la Democracia*, 51, pp. 7-14.
- Cuenca, P. (2012), *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá.
- De Asís Roig, R. et al (2010), *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Madrid: Dykinson.
- Del Romero, J. et al (2010), “Combined antiretroviral treatment and heterosexual transmission of HIV-1”, *BMJ*, 340, doi:10.1136/bmj.c2205
- Francis, J.G.; Francis, L.P. (2013), “HIV treatment as prevention: not an argument for continuing criminalisation of HIV transmission”, *International Journal of Law in Context*, 9:4, pp. 520-534.
- García-Mandaloniz, M., Alba Fernández, M. (2008), *El Acceso de las Personas que Viven con el VIH/Sida a los Servicios de Seguro y otros Servicios Financieros Conexos*. Accesible en www.cesida.org.
- Garriga Domínguez, A. (2001), “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades*, 10, pp. 53-105.
- Giménez Gluck, D. (2004), *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Madrid: Bosch.
- Gostin, L.O. (2004), *The AIDS Pandemic*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Gostin, L.O.; Lazzarini, Z. (1997), *Human Rights and the Public Health in the AIDS Pandemic*, Oxford: Oxford University Press.
- Informe FIPSE (2005), *Discriminación y VIH/Sida*. Accesible en www.fipse.es.
- Informe FIPSE (2010), *Creencias y Actitudes de la Población Española hacia las Personas con VIH*. Accesible en www.fipse.es.
- Kalichman, S.C.; Nachimson, D. (1999), “Self-efficacy and disclosure of HIV-positive serostatus to sex partners”, *Public Health Report*, 115, pp. 38-45.
- Kaulich-Bartz, J. (2013), “Insurability of HIV positive people treated with antiretroviral therapy in Europe”, *Aids*, 27 (10), pp. 1641-1655.
- Lluch Corell, F. (2014), *El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad*. Accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/despido_por_enfermedad-discriminacion_por_discapacidad_11_765430006.html
- Palacios, A. (2008), *El modelo social de discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca.

- Quinn, T.C. et al (2000), “Viral load and heterosexual transmission of human Immunodeficiency virus type 1”, *New England Journal of Medicine*, 342 (13) pp. 921-929.
- Ramiro Avilés, M.A. (2010), “El VIH y el principio de igualdad”, *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH*, A. Garriga y S. Álvarez (dirs.), Madrid: Dykinson, pp. 111-133.
- Ramiro Avilés, M.A. (2014), ‘El acceso a la corrección de la lipoatrofia facial’, *VIH y Accesibilidad en Tiempos de Crisis*, M.A. Ramiro (ed.), Madrid: Dykinson, pp. 65-84.
- Ramiro Avilés, M.A. (2014), ‘El VIH como barrera de acceso a la función pública: dos casos de clínica legal’, *VIH y Accesibilidad en Tiempos de Crisis*, M.A. Ramiro (ed.), Madrid: Dykinson, pp. 137-166.
- Ramiro Avilés, M.A.; Llibre Codina, J. (2014), “Legal, ethical and economic implications of breaking once-daily fixed-dose antiretroviral combinations into their single components for cost reduction”, *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 32 (9), pp. 598-602.
- Ramiro Avilés, M.A., Salas Muñoz, I. (2014), *VIH y las Profesiones Sanitarias: La Transmisión Iatrogénica del VIH*, Accesible en www.cesida.org.
- Ramiro Avilés, M.A.; Ramírez Carvajal, P. (2015), *VIH y Privacidad*. Accesible en www.cesida.org.
- Ramiro Avilés, M.A.; Bolívar Oñoro, M. (2016), *La contratación de seguros no obligatorios por personas con el VIH*. Accesible en www.cesida.org.
- Sayles, J.N. et al (2012), “Operationalizing treatment as prevention in Los Angeles county”, *AIDS Patient Care and STDs*, 26:8, pp. 463-470.
- Werner, S. (2015), “Public stigma and the perception of rights”, *Research in Developmental Disabilities*, 38, pp. 262-271.

INFORME

¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)?

Palabras clave: Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH); Ocupaciones; Discriminación

A pesar de la existencia de una legislación nacional e internacional que ampara y protege a las personas con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) de las situaciones de rechazo y discriminación en todos los ámbitos, incluido el laboral, se debe revisar si, en la práctica y a nivel general, en la actualidad existen determinadas ocupaciones en España en las que se limita el acceso o la permanencia de las personas con el VIH.

A partir de la normativa existente y a partir de los conocimientos científicos sobre el VIH y sobre su transmisión, este informe aborda la aptitud de las personas con el VIH para el desempeño de cualquier ocupación en función de dos factores: por una parte, el riesgo de transmisión del VIH y, por otra, el estado clínico de la enfermedad.

En este sentido, la primera conclusión del informe es que, teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del VIH a terceras personas, ninguna ocupación debería excluir, de forma general, a las personas con el VIH de su desempeño, ya que no existe ninguna justificación científica ni legal al respecto. La única excepción a esta conclusión general sería la realización de Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposición (PIPES) para profesionales sanitarios con el VIH que tengan una carga viral superior a 200 copias/ml, hasta que la carga viral se encuentre por debajo de esta cifra.

Por su parte, en relación al estadio clínico de la enfermedad, la principal conclusión es que para aquellas personas con el VIH que se encuentren controladas, en fase asintomática y con carga viral indetectable, no estaría justificada su exclusión para ningún tipo de trabajo, con el debido seguimiento clínico. Mientras, en el caso de aquellas que han alcanzado el estadio de sida, existen diferentes referencias normativas sobre profesiones vinculadas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad e Instituciones Penitenciarias que limitarían su desempeño, al menos temporalmente, hasta que recuperen un buen estado de salud. Sin embargo, éstas no señalan en ningún momento el especial riesgo de transmisión del VIH a terceras personas como motivo de exclusión de las personas con el VIH de este tipo de ocupaciones.



1. INTRODUCCIÓN.

Desde 1988, año en el que se produjo la “Reunión Consultiva sobre el sida en el puesto de trabajo”¹, promovida por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) en la ciudad de Ginebra, ambos organismos han elaborado diferentes documentos en forma de declaración o de recomendación sobre la necesidad de abordar el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (en adelante, VIH) como una cuestión de interés en el ámbito del trabajo. El último y más reciente documento publicado por la OIT, es la “Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010 (núm. 200)”², primera norma de carácter internacional centrada en el VIH y el ámbito laboral, al reconocer que la respuesta al VIH y al sida contribuye a la realización de los derechos humanos, las libertades fundamentales y a la igualdad de género para todos, promoviendo de forma específica el empoderamiento de los trabajadores independientemente de su orientación sexual.

A través de estos documentos, ambos organismos coinciden a la hora de afirmar que en la mayor parte de los diferentes puestos de trabajo no hay riesgo de adquirir o transmitir el VIH, por lo que no se deberían establecer limitaciones con carácter genérico³. Asimismo, cabe destacar que a la hora de realizar esta afirmación, incluyen a todas las personas trabajadoras, con arreglo a cualquier modalidad o régimen laboral y en todos los lugares de trabajo; a todos los sectores de actividad económica -privado y público, formal e informal- y, finalmente, a las fuerzas armadas y los servicios uniformados². Por último, también cabe destacar que a través de estos documentos, la OIT y la OMS dejan claro que el VIH, real o supuesto, no debe ser motivo de discriminación ni estigmatización contra los trabajadores y trabajadoras.

Sin embargo, a pesar de la existencia de este reconocimiento a nivel internacional y a pesar de que existe una legislación nacional e internacional que ampara y protege a las personas con el VIH de las situaciones de rechazo y discriminación en todos los ámbitos, incluido el laboral, se puede revisar si en la práctica y a nivel general, en la actualidad existen determinadas ocupaciones en España en las que se discrimina a las personas con el VIH limitando su acceso o permanencia en ellas, fundamentalmente por la creencia y el miedo a que puedan transmitir el VIH a terceras personas a través del desempeño de las mismas.



A nivel de las personas con el VIH, este clima y actitudes de discriminación suponen una pérdida de derechos propios (como el derecho al trabajo y el derecho de acceso a la función pública, ambos reconocidos en la Constitución Española⁴) que revierte en la disminución de su calidad de vida, de su estado de salud y de su bienestar psico-social. Asimismo, a nivel de la sociedad general, no hacen sino dificultar la prevención y el control del VIH.

Por ello, a través de este Informe se pretenden abordar dos factores que podrían tener una especial repercusión en las limitaciones existentes para el acceso o desempeño de determinadas ocupaciones por parte de las personas con el VIH. Dos factores que, seguramente, son los primeros en los que cualquier persona piensa si se le cuestiona por la posibilidad de que una persona con el VIH pueda desempeñar una determinada ocupación, siempre partiendo de que ésta cuente con los conocimientos y experiencia necesarios para su desempeño.

Estos dos factores que determinarían la aptitud de las personas con el VIH para el desempeño de cualquier tipo de ocupación, entendiendo ésta como la capacidad psicofísica de un trabajador para realizar las tareas asignadas a su trabajo sin que éste suponga riesgo para su propia salud o la de terceros⁵, son:

- a) el posible riesgo de transmisión en el ámbito laboral.
- b) la capacidad para la realización de su trabajo sin que eso suponga un riesgo para su propia salud.

2. EL POSIBLE RIESGO DE TRANSMISIÓN DEL VIH A TERCERAS PERSONAS A TRAVÉS DEL DESEMPEÑO DE UNA OCUPACIÓN.

El primer aspecto a tener en cuenta para la valoración del riesgo de transmisión del VIH como consecuencia del desempeño de una ocupación se refiere a que es necesario contemplar la posibilidad de transmisión de personas usuarias, clientes o pacientes a trabajadores y trabajadoras; de éstas a las anteriores y, en última instancia, entre personas trabajadoras.

El segundo aspecto es la clasificación del VIH dentro del grupo de enfermedades infecto-contagiosas. Dentro de este grupo, respecto a las vías de transmisión, se contemplan a su vez cinco grupos⁶. En el caso del VIH, la transmisión sería únicamente posible por contacto directo/indirecto, sea por vía percutánea (corte/pinchazo accidental con fluidos potencialmente infecciosos,



adictos de drogas por vía parenteral) y/o por vía mucocutánea (sexual, salpicadura de fluidos potencialmente infecciosos, perinatal)⁷.

De forma más concreta, según la información generada por los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (Centers for Disease Control and Prevention, en adelante, CDC), cabe destacar que la probabilidad estimada de adquisición de VIH de una fuente infectada en función del tipo de exposición es la que se muestra en la Tabla 1⁸:

Tabla 1. Probabilidad estimada de adquisición de VIH de una fuente infectada.

Tipo de exposición	Riesgo por 10.000 Exposiciones
Parenteral	
Transfusión de sangre	9250
El intercambio de agujas durante el uso de drogas inyectables	63
Percutánea (pinchazo de aguja)	23
Sexual	
El sexo anal receptivo	138
Coito anal insertivo	11
Pene-vaginal receptivo relaciones sexuales	8
Pene-vaginal insertivo relaciones sexuales	4
Sexo oral receptivo	bajo
Sexo oral insertivo	bajo
Otros	
Morder	insignificante
Escupir	despreciable
Fluidos corporales que lanzan (incluidos el semen o	despreciable



saliva)	
Compartir juguetes sexuales	despreciable

Fuente: Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (Centers for Disease Control and Prevention).

No obstante, esta probabilidad estimada se reduciría en el caso de las personas que están tratadas con terapia antirretroviral. En estos casos, el riesgo de la transmisión se reduciría hasta un 96% si la persona cuenta con una carga viral indetectable⁸.

Como se puede observar, en esta relación de tipos de exposición, excepto en el caso de la exposición percutánea, los CDC no contemplan las relaciones o situaciones cotidianas que se producen en el ámbito laboral, puesto que como ya se ha comentado anteriormente, tanto la OIT, la OMS, así como diversas sociedades científicas, tanto nacionales como internacionales, coinciden que en la mayor parte de los diferentes puestos de trabajo no hay riesgo de adquirir o transmitir el VIH, especialmente entre compañeros/as de trabajo.

CONCLUSIÓN GENERAL

Teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del VIH a terceras personas (ya sean clientes, pacientes o compañeros/as de trabajo), ninguna ocupación debería excluir, de forma general, a las personas con el VIH de su desempeño, ya que no existe ninguna justificación científica ni legal al respecto.

A pesar de la contundencia de esta conclusión general, a través de este informe se considera necesario analizar y profundizar sobre una serie de situaciones laborales generales que afectan a cualquier ocupación así como sobre una serie de ocupaciones específicas, teniendo en cuenta, por una parte, las creencias y prejuicios que pueden existir en el imaginario social sobre la repercusión del VIH en este tipo de situaciones u ocupaciones y, por otra, la legislación o los reglamentos, recomendaciones o protocolos existentes en España en los que se aborda esta cuestión.



De esta forma, en cuanto a la aplicación de esta conclusión general en determinadas situaciones laborales, se abordan a continuación algunos aspectos que generan dudas en la opinión pública en relación al riesgo de transmisión del VIH a través del desempeño de un trabajo, como: las actuaciones de primeros auxilios en caso de accidente en el trabajo que implique a una persona con el VIH; la obligación legal de los y las empleadas con el VIH de comunicar esta condición en su puesto de trabajo y la realización de la prueba de detección del VIH en los reconocimientos médicos de empresa.

Actuaciones de primeros auxilios en caso de accidente en el trabajo.

La posibilidad del riesgo de transmisión del VIH a terceras personas en relación a actuaciones a través de las que se reciben o se proporcionan primeros auxilios en caso de accidente en el trabajo es uno de los principales elementos que existen en el imaginario social a la hora de justificar la exclusión de las personas con el VIH de determinadas ocupaciones.

En relación a este aspecto, en primer lugar, cabe destacar que se entiende por Primeros Auxilios el conjunto de actuaciones y técnicas que permiten la atención inmediata de un accidentado hasta que llega la asistencia sanitaria profesional, con objeto de evitar que las lesiones empeoren o se compliquen⁹. La Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰, marca como obligación el análisis de las posibles situaciones de emergencia en cada empresa, así como la adopción de las medidas necesarias en materia de primeros auxilios. No todos los trabajadores de la empresa deben ser entrenados como socorristas, pero sí es conveniente que todos y cada uno de los trabajadores estén informados y formados en Primeros Auxilios, principalmente los responsables de grupo (mandos intermedios, encargados,...) así como aquellos que trabajan en zonas de riesgo. En todo caso, la Ley establece que la empresa deberá designar al personal encargado de poner en práctica las medidas necesarias en materia de primeros auxilios. Este personal deberá disponer de la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado¹⁰.

La posibilidad de transmisión del VIH durante los primeros auxilios en caso de accidente en el trabajo es abordada de forma específica tanto por la OIT en su documento *“Reunión consultiva sobre el SIDA y el lugar de trabajo: declaración”*¹ como por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz



Roja y de la Media Luna Roja en su documento *“Directrices sobre los primeros auxilios y el VIH/SIDA”*¹¹.

En este sentido, la conclusión general a la que llegan ambos organismos es que los primeros auxilios que requieren contacto con la sangre tienen un ligerísimo riesgo de transmisión del VIH (y otras infecciones transmitidas por la sangre, como el virus de la hepatitis B –en adelante, VHB) de una persona infectada. Las principales situaciones de preocupación son dos: a) la reanimación de boca a boca (aunque no se conoce ningún caso de transmisión del VIH por haber aplicado la respiración boca a boca a una persona infectada, en la teoría puede dar lugar a la transmisión del VIH si se realiza la reanimación a una persona lesionada que está sangrando por la boca, una práctica que actualmente está en desuso) y b) el tratamiento de las hemorragias, al tratarse de dos situaciones en las que se puede producir contacto con los fluidos biológicos de la otra persona¹¹.

No obstante, este ligerísimo riesgo se elimina cuando se siguen las prácticas de seguridad apropiadas, basadas **en medidas básicas de higiene, precauciones simples y obrar con sentido común. Estas medidas se consideran universales**, puesto que se deberían seguir ante cualquier compañero o compañera de trabajo accidentada, tanto si se conoce su situación serológica como si no se conoce, puesto que la misma persona accidentada puede desconocerlo¹¹.

En la misma dirección señala el Consejo Europeo de Resucitación, que en su documento *“Guías para la Resucitación 2010 del Consejo Europeo de Resucitación (ERC). Sección 1. Resumen Ejecutivo”*¹² resalta que hay muy pocos casos comunicados en los que la ejecución de reanimación cardiopulmonar (en adelante, RCP) se ha asociado a transmisión de enfermedades, por lo que dado el bajo riesgo de transmisión, es razonable iniciar la respiración de rescate sin dispositivo de barrera. Asimismo, señala que si se conoce que la víctima tiene una infección importante, se recomiendan las precauciones apropiadas. No obstante, a pesar del bajo riesgo de transmisión existente, la guía recomienda la RCP solo con compresiones torácicas guiadas por teléfono en el caso de reanimadores no entrenados¹².



La comunicación del estado serológico en el entorno laboral

Teniendo en cuenta su premisa de que en la mayor parte de los diferentes puestos de trabajo no hay riesgo de adquirir o transmitir el VIH y tratando de defender el derecho a la confidencialidad de las personas con el VIH, la OIT destacaba ya en 2001, en su documento “Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo”¹³, que no hay razón para pedir a las personas candidatas a un puesto de trabajo o a las ya trabajadoras en activo que proporcionen información personal relativa al VIH. De esta forma, para la OIT, los trabajadores y trabajadoras con el VIH no tienen la obligación legal de comunicar su condición en su puesto de trabajo, ni a sus empleadores o empleadoras ni al resto de sus compañeros y compañeras de trabajo ni a sus clientes, siendo una opción voluntaria.

En España sería de aplicación esta recomendación general de la OIT en relación a la comunicación del estado serológico en el entorno laboral, con la única excepción de aquellas situaciones en las que el nivel de carga viral pueda afectar a las tareas esenciales del puesto de trabajo y pueda verse comprometida la salud de terceras personas¹⁴, como puede ser en el caso de los “Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposiciones” (en adelante, PIPES), que serán analizados próximamente de forma más detenida en el apartado de ocupaciones sanitarias.

En relación a esta excepción, una buena referencia es el cuaderno “Cómo actuar cuando un médico es portador del virus de la inmunodeficiencia humana o del virus de la hepatitis B o C”¹⁵ del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, a través del que se plantea la obligación del médico que sabe que está infectado por VIH, VHB o Virus de la Hepatitis C (en adelante, VHC) de no ocultar su estado y comunicarlo al organismo correspondiente que tenga la facultad según su ámbito de trabajo y seguir estrictamente sus indicaciones.

Por tanto, se puede concluir que los profesionales sanitarios con el VIH tienen el deber de comunicarlo al empleador para que se adopten las medidas de vigilancia adecuadas pero deben saber que, al hacerlo, corren el riesgo de ser discriminados y de tener que luchar por sus derechos.

Otro aspecto que se propone en este sentido en el cuaderno del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña es que si un médico sabe que un compañero infectado continúa ejerciendo prácticas de riesgo, ha de advertirle que está incumpliendo el Código de Deontología y, si no le hace caso, tiene el deber de



comunicarlo al Colegio de Médicos correspondiente¹⁵. No obstante, al hacerlo, ha de tener en cuenta que al revelar el estado serológico del compañero, podría ser denunciado por éste¹⁴.

Teniendo en cuenta la excepción de los profesionales sanitarios, la conclusión es que las personas con el VIH no tienen la obligación de comunicarlo en su entorno laboral pero también que deben ser conscientes que en determinadas ocupaciones, deben adoptarse de forma rígida las medidas de prevención de la transmisión, puesto que un derecho implica también un deber.

La realización de la prueba de detección del VIH en los reconocimientos médicos de empresa.

Partiendo de las mismas premisas que en el aspecto anterior, la OIT también señala en su documento “Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo”¹³ que no se debería exigir la presentación de diagnósticos relativos al VIH y al sida a las personas solicitantes de un puesto de trabajo ni a quienes ejercen un empleo y, por tanto, las empresas tampoco deberían solicitar pruebas ni reconocimientos médicos relativos al VIH y al sida a sus futuros o actuales empleados.

En el caso de España, aunque es necesario destacar que no hay una ley que recoja, de forma específica, la prohibición de la realización de la prueba de detección del VIH de forma encubierta u obligatoria dentro de los reconocimientos médicos de empresa, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰ y la discusión sobre la misma realizada en la sentencia 196/2004¹⁶ del Tribunal Constitucional, suponen actualmente el marco de referencia legislativo para esta cuestión¹⁴. El principio vertebral en este campo es la voluntariedad del reconocimiento médico, la protección de la intimidad mediante la confidencialidad de los datos sanitarios y la no discriminación por razón del estado de salud¹⁴. De esta forma, la regla general es que los exámenes médicos periódicos en el ámbito laboral son voluntarios y que las exploraciones y analíticas incluidas en los mismos deben ser las indispensables y proporcionales al riesgo.

De esta forma, el empresario tiene limitada su potestad para imponer un reconocimiento médico (solo cuando resulten imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él



mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal)¹⁴, no siendo suficiente para ello si únicamente se trata de evitar un riesgo en la salud del propio sujeto, como ha concluido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 196/2004¹⁶. Asimismo, aun en el caso de que el reconocimiento se pueda considerar como obligatorio, se deberá justificar el tipo de pruebas que se deben incluir en él, puesto que no se pueden incluir cualquier tipo de pruebas, solo aquellas indispensables y proporcionales al riesgo. Así, en el caso del VIH, sólo podrá imponerse la realización de las pruebas de detección cuando la adopción de las Medidas Universales de Prevención de la Transmisión no sea suficiente para evitar un riesgo cierto o una situación de peligro en la salud de terceras personas¹⁴. Partiendo de esta premisa, se entiende que sólo en el caso de las personas que prestan servicios de salud en los que se realizan PIPES debería ser obligatorio un reconocimiento médico en el que se incluya la prueba de detección del VIH pues la realización de las tareas esenciales del puesto de trabajo dependen precisamente del nivel de carga viral para que la transmisión no se produzca¹⁴. Sobre este aspecto relacionado con los PIPES se profundizará próximamente en el apartado de ocupaciones sanitarias.

No obstante, aun en estos casos de obligatoriedad del reconocimiento médico y de inclusión de la prueba de detección del VIH dentro del mismo, la persona debe ser expresamente informada de todas las pruebas médicas que se le vayan a realizar, partiendo de lo que señala, de forma general, la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica¹⁷ y, de forma específica en este sentido, la sentencia 196/2004¹⁴ del Tribunal Constitucional.

En definitiva, cabe destacar que en España es necesario el consentimiento previo del trabajador o trabajadora para poder realizar la prueba de detección del VIH en el marco de los reconocimientos previos a la contratación o en los controles laborales periódicos. Es decir, esta prueba es voluntaria y de carácter individual, por lo que la persona puede negarse a ella (salvo el caso excepcional de las personas que prestan servicios de salud en los que se realizan PIPES). En caso contrario, es decir, si la prueba se realiza de forma obligatoria como requisito para la contratación o la renovación o si se realiza de forma encubierta, sin el consentimiento de la persona, esta práctica puede constituir un acto de discriminación, pudiendo ser motivo de denuncia.



Por otra parte, si la persona presta su consentimiento para realizarse la prueba en el marco de estos controles, es necesario tener en cuenta que siempre impera el deber del secreto y de la confidencialidad en el ámbito médico, por lo que el servicio de prevención de riesgos laborales o la mutua correspondiente no pueden facilitar datos médicos personales a la empresa, sino que su función se debe limitar únicamente a informar sobre si la persona es apta o no para el puesto desde un punto de vista médico.

En todo caso, a pesar que la jurisprudencia existente en la actualidad (a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la sentencia 196/2004 del Tribunal Constitucional o la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica) avala la no obligatoriedad de la realización de la prueba de detección del VIH en los reconocimientos médicos de empresa y, en el caso de realizarse, la necesidad del consentimiento informado, se considera que la aprobación de una normativa específica en este ámbito -como sucede en otros países, especialmente de Latinoamérica-, supondría un importante avance para aumentar la protección del derecho a la intimidad de las personas con el VIH. El ejemplo más reciente ha sido Argentina que, a través de la Resolución N° 270/15 de fecha 13 de abril, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que promueve medidas activas en pos de la no discriminación en el acceso al empleo, ha incluido la prohibición de la realización del test de VIH en el examen pre-ocupacional. Hasta el momento, la situación era muy parecida a la de España, puesto que el testeo de VIH no se proponía en los controles pre-laborales, pero muchas empresas de medicina laboral lo incluían, y si bien no se podía utilizar la información para rechazar a un postulante, muchas veces se buscaba otra excusa para no darle el trabajo a la persona que hubiera dado positivo¹⁸.

Otros ejemplos de referencia en este sentido son los de Colombia y Uruguay. En Colombia el Ministerio de Trabajo emitió una nota pública recordando que está prohibida la práctica de exámenes de embarazo o de VIH con el fin de tener acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, cuando el interés sea discriminatorio¹⁹.

Por su parte, Uruguay trabaja en el anteproyecto de Ley sobre VIH/sida con el fin de prohibir la exigencia de realización o presentación de examen de detección de VIH como requisito necesario para el proceso de selección, ingreso, promoción y permanencia en cualquier empleo, tanto en la



Administración pública como en la empresa privada. Hasta ahora, era un requisito para acceder al Ejército y a la Escuela Nacional de Policía²⁰.

MEDIDA DE ACCIÓN

Sería necesario aprobar una normativa específica sobre la prohibición de la realización de la prueba de detección del VIH de forma encubierta u obligatoria dentro de los reconocimientos médicos de empresa tomando como referencia los ejemplos de Argentina, Colombia o Uruguay.

Una vez abordadas estas situaciones laborales generales, a continuación se aborda la aplicación de la conclusión general mencionada anteriormente en determinadas ocupaciones, como: las sanitarias; las vinculadas a la manipulación de alimentos; las vinculadas a la atención al cliente; los servicios de seguridad privada y la profesión de taxista.

Ocupaciones Sanitarias

Para los CDC, aunque es posible la transmisión del VIH en los entornos de salud, este tipo de casos es muy poco común. Para justificar esta respuesta concreta que la práctica cuidadosa de métodos de control de infecciones, que incluye las precauciones universales (es decir, uso de prácticas protectoras y de equipo de protección personal para prevenir el VIH y otras infecciones transmitidas por la sangre) protege a los pacientes y a los proveedores de cuidados de la salud de la posible transmisión del VIH en los consultorios médicos y odontológicos y en los hospitales²¹.

Sobre este mismo aspecto, la Organización Internacional del Trabajo establece que algunos estudios han calculado el riesgo de infección por el VIH en el entorno laboral sanitario. Entre quienes tuvieron una exposición accidental, se calculó que el riesgo de infección oscilaba entre 0 y 0,76 por ciento²², es decir, un riesgo muy bajo.



En relación a la situación en España, es importante destacar la existencia de dos documentos elaborados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (en adelante, MSSSI) a través de los que se aborda la posibilidad de la transmisión iatrogénica del VIH (es decir, la transmisión del VIH a través de la atención médica).

El primero de ellos, teniendo en cuenta el orden cronológico, se denomina “Recomendaciones Relativas a los Profesionales Sanitarios Portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Otros Virus Trasmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC)”²³, cuya segunda edición es de 1998²⁴.

En esta guía se reconoce que las infecciones por virus transmisibles por sangre (entre los que estarían el VIH, el VHB y el VHC) son poco frecuentes, que el riesgo de la transmisión depende de cada tipo de virus, y que el riesgo se puede minimizar de forma significativa mediante la aplicación de los procedimientos generales de control de la infección y de las llamadas ‘precauciones universales’, por las que se asume que la sangre y los fluidos corporales de todas las personas son potencialmente infecciosas²⁴. Por lo que respecta al VIH, se dice en la guía que la mayoría de los procedimientos realizados en las instituciones sanitarias no plantean riesgos pues las vías de transmisión no estarían comprometidas o aunque lo estén el riesgo de transmisión es improbable y que han sido muy pocos los casos documentados en los que un profesional sanitario con el VIH ha transmitido el VIH a sus pacientes (puesto que no hay casos nuevos documentados desde 2003)²⁴.

Partiendo de todos estos datos, la Guía señala que solo serían potencialmente arriesgados PIPES, es decir, aquellos procedimientos en los que existe riesgo de que un accidente a un trabajador sanitario pueda poner en contacto su sangre con los tejidos abiertos del paciente. Estos procedimientos incluyen aquellos que se realizan dentro de una cavidad abierta, herida o espacio pobremente visualizado del paciente, en el que las manos o las puntas de los dedos, incluso con guante, del trabajador o trabajadora sanitaria no están visibles durante todo el tiempo, estando en contacto con instrumentos cortantes, puntas de agujas o tejidos cortantes (espículas de huesos o dientes). Por tanto, en estos casos, la Guía establece que se podría justificar algún tipo de restricción en aplicación del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, puesto que la salud del trabajador podría constituir un peligro para la salud de otras personas²⁴.



En la misma dirección se encuentra el segundo de los documentos, denominado “Agentes Biológicos”, informado favorablemente por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (2001)²⁵. Este documento también contempla medidas específicas en cuanto a la aptitud para el ejercicio de las PIPES para tres microorganismos concretos: VHB, VHC y VIH, en los tres casos al tratarse de infecciones que pueden transmitirse por vía hemática. Por ello, para valorar la aptitud, recomienda un estudio en profundidad caso por caso y de forma individual (preferentemente por la Comisión y Comité correspondiente) teniendo en cuenta la carga viral y el recuento de CD4 de la persona, el tipo de práctica profesional (valorando PIPES) y la capacidad y disposición del trabajador o trabajadora para aplicar las normas de prevención. Respecto a la limitación de actividades o tareas, establece que ésta nunca debe ser mayor que otras enfermedades cuya vía de transmisión es la parenteral (VHB, VHC...), estando claramente definidas las pautas de actuación.

Por otra parte, también indica que en el caso del VIH no es posible la negativa a la realización de la serología por parte del sanitario. Asimismo, recomienda un control exhaustivo de que las medidas preventivas habituales se llevan a cabo²⁵.

Este criterio también es considerado por, al menos, dos Colegios Profesionales en sus declaraciones sobre el ejercicio de sus respectivas ocupaciones en España y la infección por VIH.

Por una parte, el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España aprobó por unanimidad en la reunión celebrada el 27 de Enero de 2012 la Declaración “Consideraciones médico-legales, deontológicas y éticas sobre el ejercicio de la odontología en España y la infección por el VIH”²⁶ en la que señala que partiendo de la evidencia científica existente así como de la legislación española específica, el VIH no justifica, a priori y por sí solo, la modificación o la limitación de las actividades profesionales de un trabajador sanitario ni el cese de su actividad clínica, aunque sin perjuicio de las limitaciones relativas a las PIPES.

Por otra parte, como ya se ha mencionado anteriormente, el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, dentro de sus “Cuadernos de la Buena Praxis”, redactó en 2006 la segunda edición del cuaderno “Cómo actuar cuando un médico es portador del virus de la inmunodeficiencia humana o del virus de la hepatitis B o C”¹⁵. En este cuaderno, además de precisar que los



PIPES son propios de determinadas especialidades quirúrgicas, señala que las medidas a seguir para evitar la transmisión del VIH, VHB y VHC en el ámbito sanitario son las mismas que se recomiendan para prevenir cualquier infección transmitida por la sangre o los líquidos corporales y que se basan en las medidas de higiene clásicas. Asimismo, vuelve a establecer que los trabajadores sanitarios con una infección activa de VIH, VHB y VHC no podrán efectuar PIPES. No obstante, incluye una cuestión diferencial con el resto de documentos nombrados hasta el momento, al señalar que esta limitación se mantendrá hasta que no se haya producido una inactivación de la replicación vírica, espontánea o inducida por el tratamiento¹⁵.

Por tanto, de los documentos elaborados por los CDC, OIT, MSSSI, Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España y Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña se desprende que, excepto en el caso de los PIPES, en el resto de ocupaciones y tareas sanitarias, el riesgo de transmisión del VIH al personal médico y paramédico o de éste a sus pacientes es improbable, siendo aún menor si se adoptan las precauciones estándar de higiene recomendadas habitualmente en los hospitales, que deben aplicarse todos los días con todos los pacientes. Por ello, no se debería excluir a ninguna persona con el VIH de este tipo de ocupaciones y tareas.

Por tanto, si la cuestión es si existen ocupaciones o trabajos sanitarios limitados a las personas con el VIH por el riesgo de transmisión de la infección a terceras personas por el desempeño de las mismas, se puede hablar que más que ocupaciones, el MSSSI plantea la limitación en determinadas actividades laborales de riesgo, aunque siempre de forma temporal, no indefinidamente. Por ejemplo, un traumatólogo con el VIH no podría realizar procedimientos invasivos con carga viral detectable pero sí pasar consulta y realizar otros procedimientos quirúrgicos.

Siguiendo el elemento diferencial planteado por el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña en su cuaderno de buenas prácticas, frente a las recomendaciones adoptadas por el MSSSI en 1998 y 2001 respectivamente, hay suficientes razones que justifican la necesidad de una nueva respuesta normativa en España en esta materia, que permita ofrecer una respuesta individualizada que tenga en cuenta la carga viral de cada persona, su comportamiento y actitud²⁴.



Entre estas razones estarían, por ejemplo, las investigaciones retrospectivas comprehensivas; los datos epidemiológicos; los nuevos tratamientos antirretrovirales de gran actividad (en adelante, TARGA) con capacidad para reducir la carga viral en plasma hasta niveles indetectables; la posibilidad de medir de forma fiable la carga viral; la adopción de las medidas de prevención universal; el desarrollo de nuevas técnicas y nuevos materiales en el ámbito quirúrgico, así como la referencia de las guías publicadas en 2010 por la Society for Healthcare Epidemiology of America (SHEA) y en 2011 por el Department of Health de Reino Unido en este mismo sentido²⁴.

Esta nueva respuesta normativa debería enfatizar las siguientes cuestiones:

- el uso de las medidas de precaución universal como instrumento para garantizar la seguridad del paciente, puesto que la minimización del riesgo de transmisión iatrogénica del VIH es posible adoptando tanto las precauciones universales como ciertas medidas de ajuste individualizadas cuando sea preciso;
- los profesionales sanitarios con el VIH pueden realizar cualquier aspecto del cuidado de pacientes, incluidos los PIPES, si siguen un TARGA y tienen una carga viral en plasma continuada por debajo de 200 copias/ml;
- no debe existir la obligación de comunicar a los pacientes que alguna de las personas que va a atenderle sanitariamente tiene VIH;
- los trabajadores sanitarios con el VIH que tengan una carga viral superior a 200 copias/ml deben usar de forma rutinaria doble guante para todas las intervenciones en el cuidado del paciente para las que el uso de guantes es recomendado, no pudiendo realizar aquellas actividades consideradas como PIPES hasta que la carga viral se encuentre por debajo de esta cifra²⁴.

EXCEPCIÓN

Los profesionales sanitarios con el VIH pueden realizar cualquier aspecto del cuidado de pacientes, excepto los Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposición (PIPES) cuando su carga viral sea superior a 200 copias/ml, que deberían dejar de realizar hasta que la carga viral se encuentre por debajo de esta cifra.



Manipulación de alimentos

El VIH no es una enfermedad transmisible a través de los alimentos²⁷, por lo que las ocupaciones relacionadas con la manipulación de alimentos no suponen un especial riesgo para la transmisión del VIH a terceras personas y, por ello, un trabajador o trabajadora con el VIH no debería tener ninguna restricción para desempeñar estas ocupaciones en las empresas de alimentación u hostelería²⁸.

Incluso, los CDC confirman que no se puede contraer el VIH por consumir alimentos que tocó una persona infectada por el VIH, aunque el alimento contuviera pequeñas cantidades de sangre o semen provenientes de esa persona, puesto que la exposición al aire (ya que el virus no vive mucho tiempo fuera del cuerpo), el calor de la cocción y los ácidos estomacales destruirían el virus⁸.

Por este motivo, ni la normativa estatal ni la comunitaria sobre Manipulación de Alimentos justifican la exclusión de las personas con el VIH de este tipo de trabajos^{29,30,31,32}.

Atención al cliente

El VIH es una enfermedad que requiere de la realización de unas prácticas muy concretas que, además, determinarán el riesgo de dicha transmisión. Así, entre las vías y las prácticas que suponen un riesgo para la transmisión del VIH no se encuentran muchos de los contactos que se producen en la vida cotidiana: besos, WC públicos, tos o estornudos, vasos, cubiertos, lugares de trabajo, colegios, gimnasios, piscinas...²⁷ ni en las situaciones cotidianas que se dan en el ámbito laboral de cualquier tipo de ocupación que requiera una atención directa al público, destacando como ejemplos de referencia las figuras de dependientes, recepcionistas, comerciales, etc³³. Por ello, el VIH y su transmisión no debe ser una preocupación para los ciudadanos-consumidores a la hora de ser atendidos en cualquier servicio o centro de atención al público³³.

Servicios de Seguridad Privada

A pesar de la ya comentada conclusión general de la OIT, la OMS y de diversas sociedades científicas sobre que no se deberían establecer limitaciones con carácter genérico para el acceso de las personas con el VIH a una ocupación, es necesario destacar que, actualmente, en España existe una legislación que limita el ejercicio de una determinada ocupación a todas las



personas con el VIH, independientemente de su estadio clínico. Se trata del Real Decreto 2487/1998, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada³⁴. Este Real Decreto recoge que no se admiten como aptas a las personas con el VIH para el desempeño de servicios de seguridad privada mientras que para la licencia de armas (tanto en recinto cerrado y específico con acompañante con licencia de armas como para cazadores y deportistas) se admite como apto a partir de una revisión cada 2 años y una valoración general (para las categorías A1 y A2 -personas que no presentan ningún tipo de sintomatología asociada a la infección- o B1 y B2 -personas que padecen enfermedades derivadas de la infección pero no consideradas definidoras de sida-) o a partir de una revisión cada año y una valoración general para las personas en fase de sida (categorías A3, B3, C1, C2 y C3)³⁴.

No obstante, además de ser una normativa que no está respaldada por las evidencias científicas existentes, puesto que no se entiende qué tareas o funciones tan especiales deben desempeñar las personas dedicadas a esta ocupación para que ésta sea la única que excluya normativamente a cualquier persona por el mero hecho de tener VIH, parece ser que no tiene una repercusión en la práctica cotidiana, puesto que no se tiene conocimiento de que se incluya sistemáticamente y obligatoriamente la prueba de detección del VIH en los reconocimientos médicos a las personas que quieran desempeñar esta ocupación como requisito indispensable para el comienzo de su ejercicio. Sin embargo, durante el mes de Noviembre de 2015 ha llegado por primera vez a la Coordinadora Trabajando en Positivo un caso de extinción de la habilitación como vigilante de seguridad a una persona por motivo de VIH, haciendo referencia a lo contemplado por este Real Decreto. De esta forma, queda demostrado que se trata de una normativa con consecuencias discriminatorias hacia las personas con el VIH en España.



MEDIDA DE ACCIÓN

Sería necesario llevar a cabo las acciones necesarias para modificar y adaptar el Real Decreto 2487/1998, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, porque da cabida, de forma discriminatoria, a la exclusión de las personas con el VIH de esta ocupación.

Taxistas

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el Decreto 74/2005, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo³⁵ establece la exclusión para el ejercicio de la profesión de taxista de aquellas personas que padezcan una enfermedad infecto-contagiosa, aspecto que teóricamente impediría a una persona con el VIH desarrollar esta ocupación, al estar incluida dentro de esta categoría.

En este caso, la solución para resolver este tipo de situaciones en las que se usan cláusulas indeterminadas tales como infecciosas, infecto-contagiosas, transmisible, infecto-transmisibles, que no especifican las vías de transmisión, con la supuesta voluntad de controlar posibles riesgos para la salud pública, pasaría en parte por una mayor determinación y concreción de las cláusulas y etiquetas que se utilizan para la exclusión del ejercicio de determinadas ocupaciones, incluyendo junto a estas etiquetas la finalidad perseguida con las mismas³⁶. De esta forma, 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, teniéndose en cuenta, por supuesto, el estado de la ciencia en cuanto al conocimiento de su evolución, consecuencias, esperanza y calidad de vida, con el fin de garantizar 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 expresión³⁶.

MEDIDA DE ACCIÓN

Sería necesario llevar a cabo las acciones necesarias para modificar y adaptar el Decreto 74/2005, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo porque da cabida, de forma discriminatoria, a la exclusión de las personas con el VIH de la profesión de taxista.

3. LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PARA LA REALIZACIÓN DE SU TRABAJO SIN QUE ESO SUPONGA UN RIESGO PARA SU PROPIA SALUD.

En el contexto de los países industrializados donde está generalizado el acceso a los tratamientos antirretrovirales, como es el caso de España, ha habido grandes cambios en la mortalidad, el estado de salud y la esperanza de vida de las personas con el VIH desde 1996³⁷.

La evolución de la situación clínica de los pacientes con el VIH en España es una muestra de ello puesto que la proporción de pacientes asintomáticos ha aumentado del 28,7% en el año 2000 al 42,7% en el año 2014, mientras que la proporción de personas que han alcanzado el estadio de sida se ha reducido del 64% al 35% en este mismo periodo³⁸. En la misma línea, durante este periodo ha aumentado la proporción de pacientes con niveles altos de CD4, pasando de una mediana de 315 células/ μ l (RIC:130-559) en 2000 a 519 células/ μ l en 2014 (RIC: 305-750)³⁸. Y, finalmente, también ha aumentado significativamente en este periodo la proporción de pacientes con viremias inferiores a 50 copias/ml, situándose en 2014 en el 77,1% mientras que en 2000 estaba muy próximo al 0%³⁸.

Durante los próximos años se espera que este aumento siga produciéndose³⁷. Si esto sucede, significará que cada vez haya más personas en las que el VIH no suponga un deterioro de su estado de salud o de sus condiciones psico-físicas que le impida la realización de las tareas habituales de cualquier tipo de ocupación.



Otra muestra de los cambios y avances en la situación médica de las personas con el VIH es el aumento de su esperanza de vida. De hecho, se ha demostrado que cuando el diagnóstico es temprano y se produce en una etapa asintomática, ésta se acerca cada vez más a la del resto de la población. Así, para las personas diagnosticadas a los 20 años, la esperanza de vida a dicha edad se sitúa en 49 años más y si el diagnóstico es a los 35, se sitúa en 37 más. Por tanto, se alcanza en total una esperanza de vida de 69 y 72 años respectivamente, con lo que la diferencia con respecto a las personas no infectadas es muy baja³⁹. No obstante, todas las evidencias apuntan a que este margen será aún superado gracias a las innovaciones terapéuticas³⁷.

En todo caso, cabe destacar que la infección por el VIH no debería implicar, en sí misma, una disminución de la capacidad de trabajo, ni debería justificar la exclusión de trabajadores y trabajadoras de ninguna actividad laboral u ocupación. Por tanto, lo importante no debería ser si la persona tiene o no VIH, sino si su estado de salud le permite desarrollar un determinado puesto de trabajo en el momento actual³⁷.

Igualmente, cabe destacar que tanto a efectos médicos como legales, el VIH no es siempre discapacitante.

De hecho, en España, el certificado de discapacidad solo se suele acreditar en los casos en que la persona ha llegado en algún momento o se encuentra actualmente en fase de sida, o cuando el VIH está acompañado de Hepatitis (fundamentalmente, VHC) u otras patologías discapacitantes. Esta situación cambiaría si se aplicara el concepto amplio de discapacidad que recoge el modelo social de la discapacidad, según los planteamientos de la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad⁴⁰. Partiendo de este modelo, todas las personas con el VIH serían personas con discapacidad porque la seropositividad crea una serie de barreras que dificultan e impiden, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, su acceso a algún ámbito de la vida social⁴¹. Así, en el caso de las personas con el VIH, las barreras no son solo físicas o arquitectónicas sino también y sobre todo sociales y actitudinales⁴¹. Por tanto, la imagen social negativa que se tiene hacia ellas las podría situar en una situación de discapacidad atribuida. En Reino Unido y en EEUU, de hecho, todas las personas con el VIH tienen la consideración de personas con discapacidad, ampliando de esta forma la



protección de la que se podrían beneficiar en España las personas con el VIH sin discapacidad médica reconocida.

De esta forma, las personas con el VIH deberían de ser tratadas como cualquier trabajador o trabajadora y lo único que se tiene que valorar, cuando sea necesario, es si su estado de salud le permite desarrollar de forma adecuada las funciones vinculadas a su puesto de trabajo. Es decir:

-las personas con el VIH con un buen estado de salud deben ser tratadas del mismo modo que cualquier otro trabajador o trabajadora a sana.

-en las personas con el VIH con discapacidad, debe valorarse si cuenta con las capacidades requeridas para desempeñar un determinado puesto de trabajo y, en todo caso, si es necesaria la adaptación del mismo.

-las personas con el VIH enfermas a causa del sida o de enfermedades relacionadas, deben ser tratadas del mismo modo que cualquier otra persona enferma y debe valorarse la necesidad de interrumpir, de forma temporal o definitiva, el desempeño de su puesto de trabajo, solamente en los casos que la evolución de la enfermedad así lo requiera³⁷. En estos casos, especialmente a la hora de valorar una interrupción definitiva de unas determinadas funciones laborales, es importante tener en cuenta que los tratamientos antirretrovirales permiten que una persona recupere un buen estado de salud y físico a pesar de haber padecido durante un periodo de tiempo una enfermedad definitiva de sida.

3.1. Valoración de incapacidades: informes técnicos que gradúan la incapacidad laboral según estadio clínico.

En España existen diferentes referencias normativas vinculadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Embarque Marítimo; Cuerpo Nacional de Policía; Guardia Civil; Ejército o Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias) en las que se limita el acceso a estas ocupaciones por parte de personas con una enfermedad infecto-contagiosa, una enfermedad de transmisión sexual o una enfermedad de transmisión por actividad y que, por tanto, afectarían a las personas con el VIH^{42,43,44,45,46,47,48}.

El principal ejemplo de estas normativas es la Orden de 11 de enero de 1988, por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, ya que el resto de normativas han basado su redacción en lo establecido por la misma. Concretamente, en su apartado 4.3.7



(“Otros procesos patológicos”), se refiere a enfermedades transmisibles en actividad, enfermedades de transmisión sexual, enfermedades inmunológicas sistémicas que, a juicio del Tribunal Médico, limite o incapacite para el ejercicio de la función policial⁴⁵.

Siguiendo este ejemplo, cabe destacar que, de forma genérica, la única limitación que se refleja en estas referencias normativas es estrictamente que el estadio clínico de la enfermedad impida la realización de las tareas habituales de la ocupación, tanto para las enfermedades agudas como para las crónicas, pero en ningún caso hace referencia a la posibilidad de transmisión a terceras personas.

Esta interpretación jurídica sería conforme al conocimiento científico de la transmisión de la enfermedad y podría limitar, en función de la evolución de la enfermedad y de la gravedad y frecuencia de sus manifestaciones clínicas, el ejercicio por parte de personas diagnosticadas de sida (categorías A-3, B y C) en este tipo de ocupaciones. No obstante, no sería justificable que personas con el VIH en fase asintomática (categorías A-1 y A-2) fueran excluidas del ejercicio de estas ocupaciones.

Igualmente, esta interpretación basada en la gradualidad del VIH a la hora de valorar el acceso de las personas con el VIH a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, también coincide con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el acceso al Cuerpo Nacional de Policía o a la Guardia Civil de personas con discromatopsia (discapacidad de la visión de los colores, siendo más conocida en el lenguaje común como daltonismo), una circunstancia que se recoge en el cuadro de exclusiones médicas para ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía⁴⁵.

Así, mediante la sentencia 1678/2015⁴⁹, el Tribunal Supremo reconoce que la sola detección de una causa de exclusión no obliga a la Administración a excluir del proceso selectivo al afectado sin atender a su gravedad y a su incidencia en el desempeño de la función correspondiente a las plazas del cuerpo en que pretende ingresar.

Esta jurisprudencia, que se basa en los argumentos de la Convención Internacional de Derechos de las personas con Discapacidad⁴⁰, puede ser una referencia para el VIH puesto que, al igual que el Tribunal Supremo defiende que no todas las personas con discromatopsia deben ser excluidas por este motivo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad –puesto que tendrá que



tenerse en cuenta el grado de la misma y solo serán excluidos aquellos casos en los que ésta dificulte de manera importante el desempeño de sus funciones, no todas las personas con el VIH deberían ser excluidas por este motivo de dichas ocupaciones, sino que tendrá que tenerse en cuenta si la infección tiene una repercusión suficiente para el desempeño de las funciones que estén vinculadas con el puesto de trabajo a desarrollar.

Respecto a otros cuerpos como son Policía Local y Bomberos, al tratarse de una oposición de carácter local o autonómico, los requisitos para poder presentarse pueden variar de un organismo convocante a otro. Analizar todas las convocatorias es complicado por la cantidad de ellas que salen en las diferentes Comunidades Autónomas y Entidades Locales, aunque de las que se han podido analizar se pueden extraer conclusiones similares, aunque con excepciones, que de las anteriores.

En Policía Local, tanto en las convocatorias para plazas en el Ayuntamiento de Madrid⁵⁰ y en el de Tárrega (Lleida)⁵¹, no hay alusión directa al VIH. En el caso de Madrid, siguiendo la línea de las normativas estatales, se señala la exclusión debido a la existencia de enfermedades agudas o crónicas de cualquier aparato o sistema con posible repercusión sobre las realizaciones específicas del puesto a que opta, o que puedan agravarse con el desempeño del mismo. Sin embargo, en el caso de Tárrega sí que hace hincapié en que el motivo de la exclusión es la presencia de cualquier enfermedad infecto-contagiosa activa o con alto riesgo de transmisión. Por tanto, en este caso, la exclusión sí que se centra en el riesgo de transmisión y no en las consecuencias de estas enfermedades sobre el estado físico de la persona, desmarcándose así del resto de normativas existentes.

En todo caso, cabe destacar que en ambas oposiciones se solicita certificado médico y en el caso de Madrid, en anuncio del Tribunal Calificador de 10 de septiembre de 2015, se solicita que los y las aspirantes deberán aportar los informes o pruebas médicas de los reconocimientos realizados con anterioridad en dicho centro, en la Seguridad Social o en otros servicios médicos⁵⁰.

También en el caso de la Policía Local cabe destacar que el Tribunal Supremo ha emitido la sentencia 319/2015⁵², en el mismo sentido que la sentencia 1678/2015 sobre el acceso de personas con discromatopsia. En el caso de esta sentencia, se señala que la discromatopsia aparece como causa de exclusión por el Anexo IV de la Orden 1148/1997, de 24 de septiembre, de la



Consejería de Presidencia, por la que se aprueban las Bases Generales para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad de Madrid⁵³. Por tanto, también en lo referente a la Policía Local, el Tribunal Supremo defiende la gradualidad en relación a las causas de exclusión.

En el caso de Bomberos, cabe destacar que tampoco en las convocatorias a plazas de Bomberos de la Comunidad de Madrid⁵⁴, del Ayuntamiento de Madrid⁵⁵ o del Ayuntamiento de Barcelona⁵⁶ hay alusión directa a la exclusión por VIH, solicitando certificado médico. No obstante, en las plazas de la Comunidad de Madrid se habla de exclusión por cualquier enfermedad infecciosa crónica y rebelde al tratamiento. Por su parte, en las plazas del Ayuntamiento de Madrid las exclusiones son similares a las de la Policía Nacional y en las del Ayuntamiento de Barcelona se habla de cualquier otro proceso patológico o característica somática que a juicio de las personas asesoras especialistas, dificulta o impide el desarrollo de las funciones.

Como se puede observar, excepto en la convocatoria para Policía Local del Ayuntamiento de Tárrega, en el resto de estas referencias normativas no se señala en ningún momento el riesgo de transmisión de la infección por VIH a terceros como motivo de exclusión. A pesar de ello, la legislación es tan ambigua que esto no se aplica en la realidad. De hecho, es este motivo el que el Gobierno de España ha esgrimido hasta en dos ocasiones para justificar la posible exclusión de las personas con el VIH de estas ocupaciones. Así, en octubre de 2014, la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en respuesta a una carta remitida previamente por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO (en adelante, FSC-CCOO) y Trabajando en Positivo, justificaba la exclusión de las personas con el VIH del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias por el elevado riesgo de transmisión debido al contacto físico entre el personal funcionario y las personas internas en diferentes situaciones de su desempeño laboral. En la misma línea, en octubre de 2015, en respuesta a una carta remitida previamente por las entidades Coordinadora Estatal de VIH-sida (en adelante, CESIDA), FSC-CCOO, Federación Española de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (en adelante, FELGTB) y Trabajando en Positivo, el subdirector general de Relaciones Laborales de la dirección general de la Función Pública señalaba que las funciones de las personas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado conllevan la posibilidad de mayor riesgo de transmisión en el ejercicio



profesional, por lo que se justifica suficientemente el establecimiento de un criterio de acceso distinto al que pueda utilizarse con relación a otros cuerpos de la Administración⁵⁷.

Para las organizaciones que habían remitido la carta a este organismo público, esta respuesta demuestra el desconocimiento por parte de Función Pública de los avances que ha habido respecto a la transmisión del VIH y continúa sobrevalorando el riesgo de transmisión del VIH y por lo tanto discriminando a las personas con el VIH⁵⁷.

En este sentido, resulta sorprendente que en España no se produzcan los avances en la protección de los derechos de las personas con el VIH que sí que se dan en otros, como México, que aprobó a finales de 2014 la reforma de su Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, que hasta ahora autorizaba la expulsión de cualquier militar portador del VIH en cuanto éste fuera detectado (actualmente, se ha eliminado el VIH como causa directa de retiro de las Fuerzas Armadas y lo que se valora, a la hora de decidir la continuidad, un cambio de funciones o el retiro es la capacidad de la persona para seguir ejerciendo sus funciones)⁵⁸.

También resulta curioso que, desde el 2011, un piloto civil sí pueda tener VIH y uno militar no pueda, cuando comparten una misma ocupación⁵⁹. Es en este año cuando el Reglamento (UE) 1178/2011, de la Comisión, conlleva la modificación de la normativa española de 2008 al establecer que las personas con el VIH podrán ser calificadas como aptas si superan la evaluación aeromélica. Antes de esta reforma, el VIH y el sida eran descalificantes⁶⁰.

En definitiva, la valoración de la aptitud de las personas con el VIH relacionada con el estadio clínico de la enfermedad debería abordarse de la siguiente forma en cualquier tipo de ocupación:

- en todo tipo de trabajadores y trabajadoras (de forma general), en los casos asintomáticos (Categorías A-1 y A-2), no debería haber justificación para restringir su plena capacidad laboral para prácticamente todo tipo de trabajo.
- en las personas trabajadoras con el VIH de la categoría A-3 (personas que no presentan ningún tipo de sintomatología asociada a la infección pero que cuentan con una cifra de CD4 inferior a 200 células/mm) sometidas a



tratamientos agresivos no bien tolerados, puede ser necesario limitar parcialmente su actividad laboral.

- las personas diagnosticadas de sida (categorías A-3, B y C) pueden tener limitada su capacidad laboral en función de la evolución de la enfermedad y de la gravedad y frecuencia de sus manifestaciones clínicas en ocupaciones relacionadas con el Embarque Marítimo; el Cuerpo Nacional de Policía; la Guardia Civil; el Ejército y el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

Por ello, éstas podrían tener limitado el acceso a estas ocupaciones o, en el caso que ya formen parte de las mismas (lo que se denominaría como VIH/sida sobrevenido), sería necesaria una adaptación o cambio de puesto de trabajo o, en determinados casos, el estudio de una incapacidad temporal o permanente, siempre y cuando el virus haya afectado a sus condiciones psicofísicas y se requiera un nivel determinado de éstas para el desempeño del puesto de trabajo correspondiente.

Precisamente, cabe destacar que, tomando como ejemplo la legislación vigente en relación a la Guardia Civil, la respuesta normativa por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad es diferente en los casos de VIH sobrevenido con respecto a los casos en los que una persona con el VIH pretende formar parte de los mismos, un aspecto que acentúa la incoherencia de las normas que regulan el acceso a estas ocupaciones por parte de personas con el VIH⁴¹. Así, los casos de VIH sobrevenidos no significan la expulsión del cuerpo de la Guardia Civil o el pase inmediato a retiro, sino que se tiene que determinar el grado de discapacidad, el tipo de tratamiento y el número de veces que una persona precisa atención médica hospitalaria⁴¹.

De esta forma, en los casos de VIH sobrevenidos, la legislación existente sí que establece que la presencia del VIH en el organismo de una persona no puede ser ni la causa inmediata que justifique el cambio de destino o el pase a retiro, pues puede darse el caso de una persona con un grado 1 de discapacidad sea discriminada por razón de su enfermedad o por razón del VIH cuando ni su enfermedad ni el VIH suponen una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria y del destino o puesto de trabajo⁴¹. Esto significa que sólo cuando la enfermedad se haya desarrollado pueden existir impedimentos psicofísicos que justifiquen el cambio de destino o de especialidad⁴¹.



Por ello, si el virus no condiciona las actitudes psicofísicas de las persona, entonces cualquier modificación del destino o de la especialidad sería considerado un trato diferenciado que será discriminatorio al no poderse utilizar la enfermedad como argumento justificativo⁴¹. Por su parte, no sería considerado discriminatorio el criterio del estado de salud o enfermedad si ese estado de salud supone un riesgo para tercera personas o es incompatible con el puesto de trabajo o conlleva una ineptitud sobrevenida⁴¹.

Este abordaje en los casos de VIH sobrevenido debería aplicarse, de la misma forma, en el caso de las personas que pretenden acceder a estos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, algo que, como ya se ha comentado, no ocurre en la actualidad.

Es necesario destacar que este abordaje coincide plenamente con lo declarado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el documento titulado “El VIH/sida como cuestión de derechos humanos”⁶¹, a través del que defiende que una persona que vive con el VIH puede optar por una plaza en una oposición en la administración pública y si obtiene plaza, el hecho de ser persona con el virus del VIH no implica que no pueda acceder a la misma. En caso de que se produjera un rechazo por esa circunstancia, estaríamos ante un acto de discriminación que vulnera sus derechos por lo que tendría la posibilidad de denunciar el hecho ante las autoridades administrativas y judiciales correspondientes.

Asimismo, también coincide con las indicaciones que tanto la OMS como la OIT realizaron ya en 1988 sobre las políticas hacia los trabajadores infectados por VIH y/o afectados de sida. Según estos dos organismos, estas políticas deben ajustarse al siguiente principio: los trabajadores infectados por VIH que estén sanos, deben ser tratados del mismo modo que cualquier otro trabajador, y los trabajadores enfermos e infectados por VIH (como los trabajadores con sida) deben ser tratados del mismo modo que cualquier otro trabajador enfermo¹.

4. CONCLUSIONES.

La valoración sobre la aptitud de una persona con el VIH para el desempeño de cualquier tipo de ocupación debe partir de una doble valoración:

- a) El posible riesgo de transmisión en el ámbito laboral.



- b) La capacidad para la realización de su trabajo sin que eso suponga un riesgo para su propia salud.

En relación al primer aspecto, es decir, el riesgo de transmisión del VIH a terceras personas (contemplándose la posibilidad de transmisión de personas usuarias, clientes o pacientes a trabajadores y trabajadoras; de éstas a las anteriores y, en última instancia, entre personas trabajadoras), cabe destacar que, a partir de la evidencia científica existente en la actualidad, a nivel general no existen justificaciones para excluir a una persona con el VIH, solo por esta razón, de ninguna ocupación. La única excepción sería el caso de los profesionales sanitarios con el VIH que realicen Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposición (PIPES) cuando su carga viral sea superior a 200 copias/ml, intervenciones que sería recomendable que dejaran de realizar hasta que la carga viral se encuentre por debajo de esta cifra.

Por ello, sería necesario llevar a cabo las acciones necesarias para modificar y adaptar el Real Decreto 2487/1998, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada así como el Decreto 74/2005, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo porque ambos dan cabida, de forma discriminatoria, a la exclusión de las personas con el VIH de los trabajos de seguridad privada y de taxista, respectivamente.

Asimismo, el MSSSI debería actualizar los dos documentos de recomendaciones en los que aborda esta cuestión -“Recomendaciones Relativas a los Profesionales Sanitarios Portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Otros Virus Trasmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC)” y “Agentes Biológicos”- con el fin de concretar que los profesionales sanitarios con el VIH pueden realizar cualquier aspecto del cuidado de pacientes, incluidos los PIPES, si siguen un TARGA y tienen una carga viral en plasma continuada por debajo de 200 copias/ml.

Por su parte, teniendo en cuenta el estadio clínico de la enfermedad y partiendo de la evidencia de que, gracias a los avances en el tratamiento médico de la infección, cada vez hay más personas con el VIH en las que éste



no supone un deterioro de sus condiciones psico-físicas para la realización de las tareas habituales de cualquier tipo de ocupación, la primera conclusión es que en el caso de las personas con el VIH controladas, en fase asintomática y con carga viral indetectable, no estaría justificada su exclusión para ningún tipo de trabajo, con el debido seguimiento clínico.

Mientras, en el caso de aquellas personas con el VIH que han alcanzado el estadio de sida, existen diferentes referencias normativas que limitan, de forma temporal o definitiva, el acceso o el ejercicio por parte de personas con el VIH en ocupaciones relacionadas con el Embarque Marítimo; el Cuerpo Nacional de Policía; la Guardia Civil; el Ejército o el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

Estas referencias normativas se basan fundamentalmente en lo reflejado por la Orden de 11 de enero de 1988, por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía. Concretamente, la exclusión a la que se refieren es en relación a la evolución de la enfermedad, cuando ésta impida a la persona la realización de las tareas habituales de su ocupación en función de la gravedad y frecuencia de sus manifestaciones clínicas.

Sin embargo, a pesar de lo que se señala en estas referencias normativas, por las consultas realizadas a los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas (Dirección General de Función Pública), de Interior (Consejo de la Policía Nacional; Dirección General de la Guardia Civil y Secretaría de Instituciones Penitenciarias) y al de Defensa -de los que han contestado los dos primeros, aunque el de Interior, solamente a través de la Secretaría de Instituciones Penitenciarias- parece evidente que, en los casos de personas con el VIH, no se tiene en cuenta el estadio clínico de la persona para valorar el acceso de éstas en estas ocupaciones sino que se justifica su exclusión por el supuesto mayor riesgo de transmisión en el ejercicio profesional.

Por ello, se debería hacer una reforma de la Orden de 11 de enero de 1988 (como la que han tenido los pilotos de aviación civil) así como de todas aquellas que se han basado en su cuadro de exclusiones, con el fin de especificar claramente que, en el caso de las personas con el VIH, solo será tenido en cuenta el estadio clínico de la enfermedad y el estado de salud de la persona para valorar su acceso o su permanencia en las ocupaciones relacionadas con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no el especial riesgo



de transmisión a terceros, que no existe como tal. Asimismo, esta reforma debería permitir eliminar del cuadro de exclusiones para estas ocupaciones otro tipo de enfermedades -especialmente las agudas- o diagnósticos médicos que no suponen una merma de la capacidad de la persona para poder desarrollar adecuadamente estas ocupaciones.

La necesidad de la reforma de esta Orden es defendida también por el propio Sindicato Unificado de Policía (en adelante, SUP), puesto que la considera obsoleta, ya que data de 1988 y que no tiene en consideración los nuevos avances en diagnóstico y tratamientos del VIH. Para el SUP, la vigencia de esta normativa supone un ejemplo más del inmovilismo de la Administración ante las nuevas realidades sociales y de su indiferencia frente a la discriminación que soportan quienes, muchas veces por causas ajenas a su voluntad, se ven fuera de una oferta laboral que responde a unas legítimas expectativas personales. En la misma línea se posicionan, en relación a sus respectivas órdenes, la Asociación Unificada de la Guardia Civil (AUGC) y la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME).

En definitiva, es necesario insistir en que lo importante no es si el trabajador o la trabajadora tiene VIH o no, sino si su estado de salud le permite desarrollar o seguir desarrollando las funciones de su puesto de trabajo, por lo que debe existir siempre un médico del trabajo dentro de un Servicio de Prevención que valore el estado de salud de la persona trabajadora y las tareas de su puesto de trabajo, con el fin de establecer medidas de prevención eficaces si hay alguna actividad con mayor riesgo de transmisión. Asimismo, en caso de que existiera una agudización del VIH, evidentemente se necesitaría un baja laboral durante el tiempo que se precisara hasta la recuperación del trabajador o trabajadora. No existiendo causa no se debería limitar el acceso ni apartar a las personas con el VIH de su puesto de trabajo. En caso contrario, se estaría incurriendo en un acto de discriminación que vulneraría el artículo 14 de la Constitución Española⁴, el artículo 17 del Estatuto de los trabajadores⁶² y el artículo 512 del Código Penal⁶³.

Finalmente, también es necesario tener en cuenta, especialmente a la hora de valorar una interrupción definitiva de unas determinadas funciones laborales, que los tratamientos antirretrovirales permiten que una persona recupere un buen estado de salud y físico a pesar de haber padecido durante un periodo de



tiempo una enfermedad definitoria de sida por lo que la limitación de funciones puede ser temporal, hasta que la persona recupere un buen estado de salud que le permita la realización de las tareas habituales de su trabajo.





5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

¹ Organización Internacional del Trabajo; Organización Mundial de la Salud. *Reunión consultiva sobre el sida y el lugar de trabajo: declaración* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, [etc.], 1988. 4 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/hq/1988/WHO_GPA_INF_88.7_Rev.1_spa.pdf>.

² Organización Internacional del Trabajo. *Texto de recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2010. 12 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_141900.pdf>.

³ Organización Internacional del Trabajo; Organización Mundial de la Salud. *Directrices mixtas OIT/OMS sobre los servicios de salud y el VIH/sida*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, Organización Mundial de la Salud, 2005. 63 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://www.who.int/hiv/pub/prev_care/who_ilo_guidelines_sp.pdf>.

⁴ España. *Constitución Española* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, nº 311, p. 29313-29424. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>.

⁵ Instituto de Salud Carlos III. *Guía de criterios de aptitud para trabajadores del ámbito sanitario* [en línea]. Madrid: Instituto de Salud Carlos III, 2014. 169 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <<http://gesdoc.isciii.es/gesdoccontroller?action=download&id=27/02/2015-11e2fcb261>>.

⁶ Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. *NTP 700: Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios* [en línea]. Barcelona: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2001. 10 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTécnicas/NTP/Ficheros/601a_700/ntp_700.pdf>.

⁷ Grupo de Estudio de SIDA; et al. *Documento de consenso sobre la profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños* [en línea]. Madrid: Grupo de Estudio de SIDA, 2015. 59 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <<http://www.gesida-seimc.org/contenidos/guiasclinicas/2015/gesida-guiasclinicas-2015-Profilaxispostexposicion-VIH-VHC-VHB.pdf>>.

⁸ Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades. *HIV Transmission Risk* [en línea]. Atlanta: CDC, 2015. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <<http://www.cdc.gov/hiv/law/transmission.htm>>.

⁹ Gobierno de Canarias; Sociedad de Prevención de Fremap. *Curso de Primeros Auxilios* [en línea]. Canarias: Gobierno de Canarias, [etc.], 2012. 74 p. [Consulta: 11 noviembre 2015]. Disponible en: <https://www.gobiernodecanarias.net/empleado/empleados_publicos/prevencion/vigilancia_salud_2012_2013/colectiva/cursos/primeros_auxilios.pdf>.

¹⁰ España. *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de Noviembre de 1995, nº 269, p. 32590-32611). [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/11/10/pdfs/A32590-32611.pdf>>.

¹¹ Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *Directrices sobre los primeros auxilios y el VIH/sida* [en línea]. Ginebra: Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2001. 16 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <<http://www.cruzrojacolombiana.org/sites/default/files/PRIMEROS%20AUXILIOS%20Y%20VIH.pdf>>.

¹² Consejo Europeo de Resucitación. *Guías para la Resucitación 2010 del Consejo Europeo de Resucitación (ERC). Sección 1. Resumen Ejecutivo* [en línea]. Niel: Consejo Europeo de Resucitación, 2010. 167 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <<https://www.erc.edu/index.php/docLibrary/fr/viewDoc/1332/3/>>.



¹³ Organización Internacional del Trabajo. *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2001, VI, 36 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@ilo_aids/documents/publication/wcms_113788.pdf.

¹⁴ Ramiro Avilés, M.A.; Ramírez Carvajal, P. *VIH y Privacidad* [en línea]. Madrid: CESIDA, 2015. 41 p. [Consulta: 04 de enero de 2016]. Disponible en: http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_Informe_VIH_Y_PRIVACIDAD-.pdf.

¹⁵ Consell de Col·legis de Metges de Catalunya. *Com actuar quan un metge és portador del virus de la immunodeficiencia humana o dels virus de l'hepatitis B o C* [en línea]. Quaderns de la Bona Praxi, núm. 21 (Gener 2006). 16 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://issuu.com/comb/docs/praxi21?mode=embed&layout=http%3A//skin.issuu.com/v/light/layout.xml&showFlipBtn=true>.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, 15 noviembre 2004.

¹⁷ España. Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 2002, nº 274, p. 40126-40132. [Consulta: 04 de enero de 2016]. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf>.

¹⁸ Fundación Huésped. *Fundación Huésped celebra la resolución del Ministerio de Trabajo que prohíbe la realización del test de VIH en el examen pre-ocupacional* [en línea]. Buenos Aires: Fundación Huésped, 2015. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://us1.campaign-archive1.com/?u=0e6a0b4db4003fad094bd586c&id=548530a8fe&e=8d462de6cd>.

¹⁹ *Empresas solo pueden pedir pruebas de embarazo y VIH con consentimiento del trabajador* [en línea]. Colombia; Crónica del Quindío, 2 enero 2015. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.cronicadelquindio.com/noticia-completa-titulo-empresas-solo-pueden-pedir-pruebas-de-embarazo-y-vih-con-consentimiento-del-trabajador-seccion-la-general-nota-83667>.

²⁰ *Eliminarán test de VIH en contratos de trabajo* [en línea]. Uruguay; El País, 2 junio 2014. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.elpais.com.uy/informacion/eliminaran-test-vih-contratos-laborales.html>.

²¹ Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades. *Transmisión del VIH* [en línea]. Atlanta: CDC, 2015. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://www.cdc.gov/hiv/spanish/basics/transmission.html>.

²² Rosskam, E. *El sida y el lugar de trabajo* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (La salud y la seguridad en el trabajo: colección de módulos), 1999. 75 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_334_span.pdf.

²³ España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC)* [en línea]. Madrid, 1998. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/publicaciones/profSanitario/recomendaciones.htm.

²⁴ Ramiro Avilés, M.A.; Salas Muñoz, I. *El VIH y las profesiones sanitarias: la transmisión iatrogénica del VIH* [en línea]. Madrid: CESIDA, 2014. 34 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/Informe-Clinica-Legal_-EL-VIH-Y-LAS-PROFESIONES-SANITARIAS-2014.pdf.

²⁵ Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. *Agentes biológicos*. Comisión de Salud Pública [en línea]. Madrid; Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2001. 191 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

http://www.msc.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/agentes_biologicos.pdf.

²⁶ Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. *Consideraciones médico-legales, deontológicas y éticas sobre el ejercicio de la odontología en*



España y la infección por el VIH [en línea]. Madrid, 2012. 1 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.consejodontistas.es/el-consejo/declaraciones-oficiales-del-consejo.html>>.

²⁷ España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Qué es la infección por VIH y el sida* [en línea]. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/queesSidaVih.htm#res>>.

²⁸ Trabajando en Positivo. *¿Existe riesgo de transmisión a terceros si una persona con VIH trabaja en profesiones relacionadas con la manipulación de alimentos?* [en línea]. Madrid: Trabajando en Positivo, 2013. 7 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.trabajandoenpositivo.org/jornadas_abril_2013/documentos/informeC.pdf>.

²⁹ España. Real Decreto 2207/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece las normas de higiene relativas a los productos alimenticios [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de febrero de 1996, nº 50, p. 7381-7386. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.boe.es/boe/dias/1996/02/27/pdfs/A07381-07386.pdf>>.

³⁰ España. Real Decreto 3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2001, nº 11, p. 1435-1441. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.boe.es/boe/dias/2001/01/12/pdfs/A01435-01441.pdf>>.

³¹ España. Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de febrero de 2000, nº 48, p. 8294-8297. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.boe.es/boe/dias/2000/02/25/pdfs/A08294-08297.pdf>>.

³² Unión Europea. Reglamento (CE) Nº 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios [en línea]. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de abril de 2004, L 139/1, 47º año. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:139:0001:0054:ES:PDF>>.

³³ Confederación de Consumidores y Usuarios Madrid; Trabajando en Positivo. *Documento conjunto de CECU Madrid y la Federación Trabajando en Positivo dirigido a despejar temores sobre la transmisión del VIH por parte de profesionales que trabajan en la industria alimentaria o en atención al público* [en línea]. Madrid: CECUMadrid,[etc.], 2013. [Consulta: 11 noviembre 2015]. Disponible en:

<http://www.trabajandoenpositivo.org/detalle_noticia.php?id_noticia=8>.

³⁴ España. Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 1998, nº 289, p. 39719-39739. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.boe.es/boe/dias/1998/12/03/pdfs/A39719-39739.pdf>>.

³⁵ Madrid. Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo [en línea]. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 4 de agosto de 2005, nº 184, p. 6-18. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/20050804_B/18400.PDF>.

³⁶ Barranco, M.C.; Blázquez, D. *Informe emitido por los profesores que suscriben, sobre la calificación jurídica del VIH como enfermedad infectocontagiosa y propuestas de actuación* [en línea]. Madrid: CESIDA, 2008. 33 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.cesida.org%2Fwp-content%2Fuploads%2Fdocumentos%2FclinicaLegal%2Finforme_infecto_transmisible.doc>.

³⁷ Confederación Sindical de Comisiones Obreras; Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales; Trabajando en Positivo. *Guía Acción sindical y VIH* [en línea]. Madrid: CCOO,[etc.], 2013. 12 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://trabajandoenpositivo.org/documentos/biblioteca/guia_accion_sindica_vih_2013.pdf>.

³⁸ Centro Nacional de Epidemiología. Subdirección General de Promoción de la Salud y Epidemiología; Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida. *Encuesta Hospitalaria de pacientes con VIH/sida: Resultados 2014. Análisis de la evolución 2000-2014* [en línea]. Madrid: Centro



Nacional de Epidemiología, 2015. 39 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/vigilancia/InformeEncuestaHospitalaria2014.pdf>.

³⁹ The Antiretroviral Therapy Cohort Collaboration. *Life expectancy of individuals on combination antiretroviral therapy in high – income countries: a collaborative analysis of 14 cohort studies* [en línea]. *The Lancet*, Vol. 372, no. 3695 (july 26, 2008), p 293-299. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

[http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(08\)61113-7.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(08)61113-7.pdf).

⁴⁰ CERMI. Una convención para la discapacidad [en línea]. Madrid: CERMI. [Consulta: 4 de enero de 2016]. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/>.

⁴¹ Ramiro Avilés, M.A. [VIH en los Cuerpos Uniformados: el caso de la Guardia Civil] [en línea]. Madrid: CESIDA, 2010. 11 p. [Consulta: 04 de enero de 2016]. Disponible en:

http://www.cesida.org/wp-content/uploads/documentos/clinicaLegal/Informe%20VIH_Guardia%20Civil.pdf.

⁴² España. *Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril, por la que se aprueban las normas para la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con responsabilidad de vuelo* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de mayo de 2011, nº 88, p. 11264-11302. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

http://www.reclutamiento.defensa.gob.es/microsites/micro_ccgg/pdfs/Orden_ministerial_23_2011_normas_aptitud_medica_respon_vuelo.pdf.

⁴³ España. *Orden de 9 abril 1996 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de abril de 1996, nº 92, p. 13795-13800. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1996/04/16/pdfs/A13795-13800.pdf>.

⁴⁴ España. *Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de octubre de 2007, nº 220, p. 37461-37467. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/09/13/pdfs/A37461-37467.pdf>.

⁴⁵ España. *Orden de 11 de enero de 1988 por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de enero de 1988, nº 16, p. 1770. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1988/01/19/pdfs/A01770-01770.pdf>.

⁴⁶ España. *Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 1998, nº 289, p. 39719-39739. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1998/12/03/pdfs/A39719-39739.pdf>.

⁴⁷ España. *Orden INT/1224/2011, de 10 de mayo, por la que se convoca proceso selectivo de ingreso, por el sistema general de acceso libre, al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de mayo de 2011, nº 116, p. 49326-49334. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/16/pdfs/BOE-A-2011-8477.pdf>.

⁴⁸ España. *Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2007, nº 313, p. 53975-53985. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/31/pdfs/A53975-53985.pdf>.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1678/2015 (Sala de lo Contencioso, sección 7ª), de 7 de abril 2015 (recurso 1454/2014).

⁵⁰ Madrid. *Decreto de 28 de abril de 2014 del Delegado del Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias por el que se aprueban las bases específicas que regirán la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a la categoría de Policía del Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid y se convocan plazas de dicha categoría* [en línea]. *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid*, 7 de mayo de 2014, nº 7161, p. 69-105. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en:



<http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Oposiciones/policiaPM2014/ficheros/basesPolici.pdf>.

⁵¹ Cataluña. *Edicte sobre aprovació de la convocatòria i bases per a la selecció d'un agent interí al servei de la policia* [en línea]. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 14 d'octubre de 2015, núm. 6975, 16 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6975/1449553.pdf>.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo 319/2015 (Sala de lo Contencioso, sección 7ª), de 26 de enero de 2015 (recurso 3053/2013).

⁵³ Madrid. *Orden 1148/1997 de 24 de Septiembre, por la que se aprueban las Bases Generales para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad de Madrid* [en línea]. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 22 de octubre de 1997, nº 251, p. 4-13. [Consulta: 4 de enero de 2016]. Disponible en: http://www.bocm.es/boletin/CM_Boletin_BOCM/19971022_B/25100.pdf.

⁵⁴ Madrid. *Orden 3171/2013, de 7 de noviembre, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, por la que se convocan pruebas selectivas de promoción interna para el ingreso en el Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid, Escala Ejecutiva u Operativa, Categoría de Bombero Especialista (Grupo C, Subgrupo C1)* [en línea]. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 11 de noviembre de 2013, nº 268, p. 135-268. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: http://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2013/11/11/BOCM-20131111-7.PDF.

⁵⁵ Madrid. *Decreto de 14 de enero de 2015 del Delegado del Área de Gobierno Seguridad y Emergencias por el que se aprueban las bases específicas que regirán la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a la categoría de Oficial del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid y se convocan plazas de dicha categoría* [en línea]. *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid*, 15 de enero de 2015, nº 7332, p. 15-63. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en:

http://www.madrid.es/csvfiles/UnidadesDescentralizadas/UDCBOAM/Contenidos/Boletin/2015/ENERO/Ficheros%20PDF/BOAM_7332_14012015141332180.pdf.

⁵⁶ Cataluña. *Bases de la convocatòria per a la cobertura de 60 places de bomber/a d'accés, del servei de prevenció, extinció d'incendis i salvament de l'Ajuntament de Barcelona, mitjançant concurs oposició lliure* [en línea]. *Boletí Oficial de la provincia de Barcelona*, 18 de maig de 2015. 31 p. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2015&05/022015013360.pdf&1>.

⁵⁷ Coordinadora Estatal de VIH-sida; Confederación Sindical de Comisiones Obreras; Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales; Trabajando en Positivo. *El Gobierno justifica la discriminación de las personas con VIH de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad* [en línea]. Madrid: CESIDA, [etc.], 2015. [Consulta: 26 de octubre de 2015]. Disponible en: http://www.trabajandoenpositivo.org/detalle_noticia.php?id_noticia=295.

⁵⁸ *Senado mexicano aprueba ley que protege derechos de militares con VIH/sida* [en línea]. Mexico: Caracol Radio, 16 diciembre 2014. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/internacionales/senado-mexicano-aprueba-ley-que-protege-derechos-de-militares-con-vihsida/20141215/nota/2552715.aspx>.

⁵⁹ *Reglamento (UE) 1178/2011, de 3 de noviembre de 2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (UE) 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo* [en línea]. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 25 de noviembre de 2011, p.1-189. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en: http://www.fomento.gob.es/mfom/lang_castellano/direcciones_generales/aviacion_civil/informacion/normativa/norma_seg_operacional/otorgamiento_licencias/lic_pers_vuelo_aero_civiles/reg_1178.htm.

⁶⁰ España. *Orden FOM/1267/2008, de 28 de abril, por la que se modifican la Orden de 21 de marzo de 2000, y la Orden FOM/2157/2003, de 18 de julio, que regulan diversos requisitos de las licencias de la tripulación de vuelo de aviones y helicópteros civiles, relativos a la organización médico-aeronáutica y la autorización de los centros médico-aeronáuticos y médicos examinadores* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de mayo de 2008, nº 110, p.22625-22649. [Consulta: 11 de noviembre de 2015]. Disponible en:



<https://sede.seguridadaerea.gob.es/NR/rdonlyres/E3D7F3C8-172F-408E-8CF4-B68489711FE0/40032/ord_fom_1267_08.pdf>.

⁶¹ España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Coordinadora Estatal de VIH-sida. *El VIH-sida como cuestión de derechos humanos* [en línea]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, [etc.], 2011. 53 p. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<http://api.ning.com/files/dJg*WTOvNd0S9*moh*Vlw4IZCRnEoao1siEktkOVzkam4Lv58uRQjMuHJL5K1P83QKvF*CwvQtBNUV7MN*gEG-qCthSq8rYD/Informe2011MSCdiscriminacionsida.pdf>.

⁶² España. *Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de marzo de 1995, nº 75, p. 9654-9688. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<https://www.boe.es/boe/dias/1995/03/29/pdfs/A09654-09688.pdf>>.

⁶³ España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, nº 281, p. 33987-34058. [Consulta: 23 de octubre de 2015]. Disponible en:

<<http://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>>.



6. ORGANISMOS O PERSONAS CONSULTADAS.

- AEEMT (Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- AUGC (Asociación Unificada de Guardias Civiles). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- AUME (Asociación Unificada de Militares Españoles). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Centro Nacional de Condiciones del Trabajo. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Secretaría de Estado de Empleo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Dr. Jorge Guerola - Médico especialista en adicciones. Unión de Mutuas (Mutua Colaboradora con la Seguridad Social). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Federación Servicios a la Ciudadanía de CCOO. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- María Lina González Díez. Secretaria General de la Federación de Igualdad y Conciliación del Sindicato Unificado de Policía (S.U.P.). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015
- MC PREVENCIÓN. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Miguel A. Ramiro Avilés. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Coordinador de la Clínica Legal de CESIDA y la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- SEMST (Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo). Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- Servicio de Promoción de la Salud y Prevención en el Entorno Laboral. Dirección General de Salud Pública. Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública. Generalitat Valenciana. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.
- SIDA STUDI. Consulta realizada en el mes de Octubre de 2015.



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

PREGUNTAS FRECUENTES (FAQ) SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON EL VIH Y EL SIDA

Proyecto de Clínica Legal de CESIDA



Coordinadora estatal
de VIH y sida

Autoría

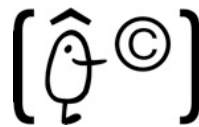
Clínica Jurídica UVEG

Coordinadora

M^a Pilar Bonet Sánchez

Valencia, 26 de Marzo de 2015

Facultat
de Dret



Sumario

I. Introducción.....	4
II. Asistencia sanitaria.....	4
III. Acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida.....	10
IV. Adopciones por personas con el VIH.....	12
V. Acceso al trasplante de órganos.....	20
VI. La investigación científica/biomédica en personas con el VIH en centros penitenciarios.....	22
VII. Tratamientos farmacológicos.....	25
VIII. Tratamiento de datos personales en relación con el ámbito laboral.....	26
IX. Incapacidad permanente y ejercicio profesional.....	28
X. El VIH en el ámbito sanitario.....	30
XI. El VIH en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado (FFCCSE).....	31
XII. Acceso a los servicios financieros y de seguro.....	32
XIII. Asistencia en España a extranjeros/as con el VIH.....	34
XIV. Referencias.....	37

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento es resultado del encargo hecho a la Clínica Jurídica per la Justícia Social por CESIDA y pretende hacer una recopilación de preguntas frecuentes (FAQ) acerca de los derechos de las personas con el VIH o el sida en diferentes aspectos de la vida cotidiana.

El trabajo está compuesto íntegramente por contenidos de los distintos informes que se han ido elaborando por personas expertas en el tema, y que aparecen en su mayoría en el apartado de Clínica Legal de la web de CESIDA (<http://www.cesida.org/consultanos/clinica-legal/>) o que constan en los archivos de la Clínica Jurídica de la Universitat de València, procedentes de respuestas a consultas planteadas. La técnica utilizada ha sido la selección de los contenidos que hemos considerado más relevantes y su reformulación a través de preguntas y respuestas de interés para las personas afectadas por el VIH.

Finalmente en el apartado de referencias (XIII) se relacionan las mencionadas fuentes.

II. ASISTENCIA SANITARIA

1. ¿Qué es el Sistema Nacional de Salud?

La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.

2. ¿Quiénes pueden acceder al Sistema Nacional de Salud?

Sólo pueden acceder a la atención sanitaria pública quienes tengan la condición de asegurado, o bien de beneficiario de un asegurado.

3. ¿Quién tiene la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud?

Por una parte, la condición de asegurado se ostenta por quienes se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Ser trabajador/a por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

2º. Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

3º. Ser perceptor/a de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.

4º. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y encontrarse en situación de desempleo, figurando inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, sin poder acreditar la condición de asegurado/a por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en España.

También tendrán la condición de asegurado/a aquellas personas que, no cumpliendo ninguno de los requisitos anteriores, sean residentes de nacionalidad española, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros, así como los apátridas y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, si acreditan no alcanzar el límite de ingresos en cómputo anual de cien mil euros ni tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Los menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

No tendrán consideración de asegurados quienes estén encuadrados en una mutualidad de previsión social alternativa al régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social.

4. ¿Quién puede ser beneficiario de un asegurado en el Sistema Nacional de Salud?

Se considera beneficiario, siempre que resida en España, a quien respecto del asegurado sea: 1) el cónyuge o pareja de hecho; 2) el ex cónyuge a cargo del asegurado; 3) los descendientes y personas asimiladas (menores sujetos a tutela o acogimiento legal) a cargo del asegurado o del cónyuge o ex cónyuge a cargo del asegurado, que sean menores de veintiséis años; 4) los descendientes y personas

asimiladas a cargo del asegurado o de su cónyuge o ex cónyuge a cargo del mismo, que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; y 5) las hermanas y los hermanos de la persona asegurada.

5. ¿Se pueden recibir prestaciones sanitarias sin ser asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud?

Sí, siempre que se suscriba un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para personas que no sean aseguradas ni beneficiarias, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 576/2013, cuyo artículo 2.2 establece que “el convenio especial permitirá a las personas que lo suscriban acceder [...] a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, con las mismas garantías de extensión, continuidad asistencial y cobertura de que disfrutaban las personas que ostentan la condición de aseguradas o de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud”.

Este convenio reconocería el acceso a las prestaciones de la cartera común básica, que, según el artículo de la Ley 16/2003, incluye las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Como puede verse, las prestaciones farmacéuticas no forman parte de la cartera común básica, sino de la cartera común suplementaria, que, en principio, no reconocería el convenio.

Más allá de las prestaciones de la cartera común básica, las comunidades autónomas podrán, en el ámbito de sus competencias, incorporar en el convenio especial otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria. Así pues, el acceso a los fármacos, como pueden ser los medicamentos antirretrovirales, dependerá de la regulación que establezcan las comunidades autónomas.

6. ¿Qué requisitos se exigen para la suscripción del convenio?

Podrán acceder al mismo las personas, no aseguradas ni beneficiarias, que: a) residan efectivamente en España durante un período continuado mínimo de un año; b) estén empadronadas en el municipio correspondiente; c) no tengan acceso a la asistencia sanitaria por cualquier otro título.

Además se exige el pago de unas determinadas cuotas mensuales:

- a) Si el/la suscriptor/a tiene menos de 65 años: cuota mensual de 60 euros.
- b) Si el/la suscriptor/a tiene 65 o más años: cuota mensual de 157 euros.

7. ¿Puede una persona inmigrante en situación irregular acceder a la prestación sanitaria?

En la actualidad, la única prestación sanitaria que se les reconoce es la asistencia de urgencia (por enfermedad grave o accidente) y la asistencia en caso de embarazo, parto y postparto.

No se les reconoce la posibilidad de ser atendidos por razón de sus bajos ingresos, pues ello sólo se prevé para los residentes en España que sean nacionales españoles, nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y a los/as extranjeros/as titulares de una autorización para residir en territorio español. Por tanto, aunque las personas extranjeras no autorizadas para residir en España no obtengan el nivel de ingresos a partir del cual se considera que pueden hacer frente al pago de la atención sanitaria, no tienen acceso igualmente a la misma, salvo por lo que se refiere a una asistencia mínima.

8. ¿En qué situación se encuentran los ciudadanos comunitarios?

La normativa europea (básicamente, el Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social) contempla a los europeos o miembros de su familia que estén asegurados en un estado Miembro de la UE, que será el competente para la dispensación de la asistencia sanitaria. El Reglamento distingue entre estancia y residencia.

Para el caso de los residentes en otro Estado miembro, deberán inscribirse en la institución del lugar de residencia, y el derecho a las prestaciones en especie en el Estado miembro se acreditará mediante una certificación expedida por la institución competente del Estado en que se encuentran asegurados. Sin embargo, no siempre es fácil determinar de qué derechos gozan las personas que viven con el VIH fuera del

Estado miembro en el que están aseguradas, y cómo se verá afectado su derecho a recibir prestación farmacéutica para tratar la enfermedad.

Para el caso de los que se hallen de estancia en otro Estado miembro, se les aplicará la normativa correspondiente a la materia del lugar de estancia y para ello será necesario que el proveedor de la asistencia del Estado de estancia obtenga una certificación expedida por la institución competente del lugar de origen que acredite el derecho de la persona a obtener prestaciones en especie.

En el caso de que la persona asegurada se desplace a otro Estado miembro para recibir prestaciones en especie durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente. La persona asegurada autorizada por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en éste un tratamiento adecuado a su estado de salud se beneficiará de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico. Las mismas reglas se aplicarán por analogía a los miembros de la familia de una persona asegurada.

9. ¿Se puede obtener el reembolso de los costes del tratamiento sufragado por el/la paciente?

Los costes de la totalidad o de parte de un tratamiento sufragado efectivamente por la persona asegurada serán reembolsados por la Institución del lugar de estancia, siempre que lo prevea la legislación de este país, a solicitud del/la paciente y con los límites y porcentajes establecidos en dicha legislación. Si no estuviera previsto dicho reembolso, podrá recuperarse el coste del tratamiento de la institución competente del Estado miembro en que esté asegurado, con los límites establecidos en su propia legislación.

En ningún caso podrá el importe del reembolso sobrepasar el importe de los gastos efectivamente soportados por la persona asegurada.

Existen normas particulares para los/as trabajadores/as transfronterizos y sus familiares.

10. ¿Pueden acceder a las prestaciones sanitarias los/as ciudadanos/as comunitarios/as no asegurados/as ni beneficiarios/as?

Podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- b) Estar empadronados/as, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extiende sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

11. ¿Qué régimen tienen las prestaciones farmacológicas para el tratamiento del VIH?

En la prestación de fármacos para el tratamiento del VIH existen diferencias con respecto a los medicamentos que debe recibir el/la paciente en momentos distintos de su tratamiento.

En cuanto a los medicamentos de uso hospitalario, como es el caso de los antirretrovirales, el Ministerio de Sanidad aclara que no tendrán aportación por parte del paciente, es decir, quedan exentos de cualquier pago con respecto a ellos (<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/09/19/noticias/1379601668.html>).

Sin embargo, con respecto a los medicamentos de dispensación ambulatoria en el hospital, que no tienen la calificación de “uso hospitalario”, los cuales se dispensan a pacientes no hospitalizados en los servicios de farmacia de los hospitales, han quedado sometidos a partir del pasado 1 de octubre de 2013 al copago farmacéutico.

Existe un límite a tal aportación: la aportación del usuario/a a dichos medicamentos, que estaban exentos del copago, será de un 10% del PVP del medicamento, con un máximo fijado en 4,20 euros, de acuerdo a la Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia (Véase la Resolución del 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia).

12. ¿Afecta el copago a las personas con el VIH?

En la Resolución de 10 de septiembre de 2013 de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia (<http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/19/pdfs/BOE-A-2013-9709.pdf>), se recogen 157 presentaciones farmacológicas de algo más de 50 medicamentos que son considerados de aportación reducida, al tratarse de medicamentos de elección en el tratamiento de enfermedades graves o crónicas, y su dispensación está limitada, en el ámbito del SNS, a los/as pacientes no hospitalizados en los servicios de farmacia de los hospitales. Sin embargo esta cuestión depende absolutamente de la coyuntura económica, a pesar de ser un derecho básico de los/as ciudadanos/as.

13. ¿Pueden las comunidades autónomas regular de forma diferente al Estado la asistencia sanitaria?

Sí, siempre que respete la normativa estatal básica. En la actualidad, muchas mejoran la normativa estatal respecto a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas a las que pueden acceder las personas extranjeras que se encuentran en situación irregular en España.

Más concretamente, cabe distinguir entre las CCAA: las que simplemente se ajustan a la normativa estatal (Aragón, Baleares, Ceuta y Melilla, La Rioja y Murcia); las que atienden a los inmigrantes irregulares sin aplicar las medidas del gobierno central desde los primeros días de la entrada en vigor del RD-Ley 16/2012; y, por último, las que han ido reformando sus prestaciones desde 2013.

III. ACCESO A LOS TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

14. ¿Tienen derecho las personas con el VIH a los tratamientos de reproducción humana asistida?

Sí. El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que forman parte de la cartera común de servicios debe realizarse en condiciones de igualdad, tanto respecto de las personas que no son VIH positivas, como las personas que sí lo son. Las técnicas y los protocolos de actuación serán diferentes en función de quién sea la persona VIH positiva: el hombre, la mujer o ambos.

15. ¿Qué garantías legales hay para que ese derecho se cumpla?

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, incluye en su disposición adicional quinta una garantía de no discriminación para las personas con discapacidad, por lo que esta previsión afectaría a las personas con VIH, ya que se aboga por la consideración de las personas con VIH como personas con discapacidad por razón de su estado serológico. Por tanto, dicho colectivo puede utilizar los instrumentos legales que proporciona el Derecho para luchar contra la discriminación y estigmatización que sufren. La accesibilidad es una condición sine qua non para que todas las personas, sin excepción, puedan llevar a cabo una vida autónoma, participar en la vida social y disfrutar de sus derechos, independientemente de sus características personales o sus circunstancias sociales.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. El artículo 23 establece la garantía de accesibilidad y dispone que «todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la prestaciones reconocidas en esta ley en condiciones de igualdad efectiva»; El artículo 24 regula la garantía de movilidad al disponer que «el acceso a las prestaciones reconocidas en esta ley se garantizará con independencia del

lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares.

16. ¿Qué hay que hacer si la Administración deniega el acceso a la reproducción asistida?

Hay que impugnar la decisión; primero, ante los órganos administrativos y, posteriormente, ante los órganos judiciales en el orden contencioso-administrativo, si la decisión de denegación de la prestación proviene de un organismo de la Administración pública, ya que se ha producido por parte de la Administración la vulneración de uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro sistema jurídico.

17. ¿Qué beneficios se obtienen de las técnicas de reproducción humana asistida para las personas con el VIH?

Las técnicas de reproducción humana asistida han demostrado clínicamente que son eficientes, efectivas, seguras y útiles terapéuticamente en las personas con el VIH ya que primero, en caso de parejas serodiscordantes evitan la seroconversión y segundo, les permite formar una familia en la que la descendencia, por un lado es genéticamente propia y, por otro, no son VIH positivos.

18. ¿Existe alguna condición para el acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de las personas con el VIH?

Para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida debe existir una indicación clínica o diagnóstico de infertilidad. La doctrina científica es unánime a la hora de afirmar que las técnicas de reproducción asistida están indicadas clínicamente, ya sea porque las personas con el VIH pueden tener un déficit de fertilidad, ya sea porque a las personas con el VIH formen parejas seroconcordantes o serodiscordantes, tienen que tener garantizado el acceso a los mismos derechos, bienes y servicios que el resto de ciudadanos/as,

y no pueden ser excluidos/as de los mismos atendiendo a razones que no son suficientes ni razonables a la hora de justificar un trato diferenciado. Por tanto, si las personas con el VIH cumplen con el requisito de tener un diagnóstico de esterilidad y las técnicas están indicadas clínicamente, son eficaces, efectivas y seguras a la hora de evitar la transmisión vertical y de conseguir un embarazo, debe evitarse a toda costa la posibilidad de que se transmita el VIH al miembro seronegativo de la pareja.

IV. ADOPCIONES POR PERSONAS CON EL VIH

19. ¿Qué es la adopción?

La adopción es una institución jurídica constituida por resolución judicial que produce entre adoptante/s y el/la menor adoptado/a un vínculo de filiación, al mismo tiempo que extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. A esto se le llama adopción cerrada, en contraposición a la adopción abierta en la que la familia biológica sí mantiene cierta relación con el niño o niña y con la familia adoptante (siendo posible en otros países como en los Estados Unidos). En España, hasta el momento el único modelo de adopción permitida es el de la adopción cerrada.

20. ¿Qué interés prima en una adopción?

En todo proceso de adopción, y cualquier otro proceso en el que se vayan a tomar medidas que conciernen a un/a menor, debe siempre imperar un principio sobre los demás: el interés superior del/la menor, que podemos definir como la plena satisfacción de sus derechos. Y quien debe velar por el cumplimiento de dichos intereses y derechos es el Estado y sus autoridades.

21. ¿Qué normativa internacional rige en esta materia?

La Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la que se empieza a considerar a los niños como sujetos de derechos, y no como meros objetos de protección.

Posteriormente se adoptó en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, cuyo objeto es reforzar la protección de los/as niños/as como plenos sujetos de derechos humanos, ya que tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios/as de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. La Convención de la Haya opera como un ordenador de las relaciones entre el niño/a, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos.

22. ¿Qué obligaciones tiene el Estado en materia de adopción?

El Estado debe identificar a los posibles futuros padres adoptivos, teniendo en cuenta las necesidades del niño/a, y, una vez identificadas, debe existir un periodo de asesoramiento psicológico y preparación antes de que sean aprobados como padres y madres adoptivos/as. Deberán ser evaluados respecto a su capacidad para cuidar a un/a niño/a, por lo que el Estado debe contar con procedimientos o criterios para evaluar si las familias nacionales son adecuadas y aptas para adoptar a un/a niño/a.

23. ¿Qué requisitos se exigen para la adopción en España? ¿Cuál es el procedimiento?

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública responsable, y regula meritoriamente la adopción internacional.

Las familias que desean adoptar a nivel nacional deben presentar su correspondiente solicitud (normalmente en impreso normalizado) a los Servicios de Protección de Menores de sus respectivas Comunidades Autónomas, posteriormente pasaran a una lista de espera para su valoración. El proceso de valoración se lleva a cabo mediante una serie de entrevistas, visitas domiciliarias y presentación de documentación. Las autoridades estudiarán los citados informes hasta que decidan conceder o rechazar la idoneidad de los solicitantes. Una vez valorados y reconocidos como idóneos para la adopción, pasarán a una lista de selección, a los efectos de proponer la asignación de un menor, formalizándose el Acogimiento Familiar preadoptivo (pudiendo ser este administrativo o judicial). Se inicia el procedimiento de acogimiento del menor en el domicilio familiar y

posteriormente se presenta la propuesta de adopción por la entidad pública. El juez, previa valoración de la documentación e informe del fiscal, dictará auto de adopción y finalmente se realizará la inscripción en el Registro Civil, a los efectos de modificar los apellidos (http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60&Itemid=91). De conformidad con el art. 175 del Código Civil, los adoptantes deben reunir los siguientes requisitos referidos a la edad: ser mayores de 25 años (basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad), y que la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante sea de 14 años.

24. ¿Se puede discriminar a una persona con el VIH en materia de adopción?

Debemos tener en cuenta que, a la hora de declarar dicha idoneidad o no idoneidad, la administración no puede discriminar a los posibles adoptantes por ninguna circunstancia, tal como establece el artículo 10.5 de la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional, según el cual se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia.

25. ¿Cuál es la opinión de los tribunales?

Aunque no existe demasiada jurisprudencia sobre la idoneidad de las personas con el VIH para adoptar, las sentencias que se han ido dictando abordan con claridad el tema y señalan la postura que ha de seguirse.

Existen diferentes sentencias de los Tribunales españoles en que éstos revocan la declaración de no idoneidad de los adoptantes porque uno de los miembros de la pareja es VIH positivo. Aunque hay que destacar que no solo por tener el VIH se les deniega la declaración de idóneos a los adoptantes, sino también por otras situaciones, como son la de padecer una hepatitis o una depresión.

Tanto en los casos del VIH como en las otras enfermedades, los diferentes Tribunales establecieron claramente que la referida enfermedad, debidamente tratada y sometida a las exigibles precauciones, no impide a las propias personas interesadas la prosecución de una vida normal perfectamente idónea para el desempeño de sus obligaciones como padres/madres adoptivos/as (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 92/2003 de 5 de marzo de 2003).

En otra se llegó a la misma conclusión, declarando además que no existe impedimento para la adopción en una persona seropositiva que no ha desarrollado la enfermedad y que

posee un estado de salud bueno, además de concretar que sus expectativas de vida son similares al resto de la población, a lo que se añadía que goza del apoyo de la empresa a la hora de establecer una flexibilidad en los horarios para así compatibilizar su jornada laboral con la familiar, contando al mismo tiempo con familiares dispuestos a hacerse cargo de un menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 325/2011 de 17 de mayo de 2011).

26. ¿Existe algún impedimento sobre la idoneidad de los adoptantes si tienen el VIH o el sida?

No. El mero hecho de vivir con el VIH no es motivo suficiente, en opinión de los Tribunales, para que determinadas personas no puedan adoptar, por lo que en todas las sentencias mencionadas con anterioridad, se revocó la declaración de no idoneidad y fueron declarados los demandantes aptos para la adopción.

27. ¿Cuáles son los criterios generales para la valoración de los adoptantes?

Así pues, volviendo al importante tema de la idoneidad del solicitante, como criterios generales de valoración positiva, se tendrán en cuenta:

- Las características psicosociales de los solicitantes, valorando positivamente la estabilidad y madurez emocional que permitan el desarrollo armónico del niño/a.
- La existencia de motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción.
- La relación estable y positiva de la pareja, en caso de solicitudes conjuntas.
- La aptitud básica para la educación del menor.

Por otro lado, se establecen como criterios excluyentes, en el momento de valorar la aptitud para adoptar, los siguientes:

- La existencia de psicopatología en alguno de sus miembros.
- La existencia de motivaciones inadecuadas: la motivación para la adopción se cifra en el niño en sí mismo, no basándose en motivaciones perjudiciales para el niño, como son: la adopción como medio de resolver una patología o desajuste en la pareja, tener un heredero, medio de promover una causa social, sustituir un hijo fallecido.
- La existencia de duelos no elaborados.
- Los desajustes graves en la relación entre los futuros adoptantes.

- La existencia de elevados niveles de estrés sin perspectiva de cambio.
- La oposición a adoptar de alguno de los miembros de la pareja.
- El rechazo a asumir los riesgos inherentes a la adopción, así como la presencia de expectativas rígidas respecto al niño y a su origen socio-familiar.

Se valorarán negativamente, aunque no tendrán per se carácter excluyente, -para lo cual se realizará un análisis de conjunto para ver en qué medida estos aspectos suponen un riesgo infranqueable-, los siguientes:

- Condiciones de salud física: se valorará en qué medida la presencia de determinados problemas de salud en los solicitantes va a afectar al proceso de adopción y la crianza de un menor.
- La existencia en el seno familiar de personas que requieran la atención de los solicitantes y cuyas condiciones de autonomía pueden representar una carga incompatible con la adecuada atención del niño/a adoptado/a.

Cuando el Estado de recepción considera que los solicitantes son aptos para la adopción emitirá informe sobre la identidad de los mismos, su capacidad jurídica, aptitud, situación personal, familiar y médica, así como de los menores que pueden estar a su cargo, y en cuanto al niño/a del Estado de origen emite informe sobre la identidad del menor, su medio social, evolución personal y familiar, y siempre en aras del interés superior del niño/a.

28. ¿Cuál es el procedimiento para adoptar a un/a menor extranjero/a?

Según la Convención de la Haya relativa a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional:

- Tanto el niño como los futuros padres adoptivos deben ser objeto de un informe social (arts. 15 y 16). Se requiere el consentimiento de los padres naturales o de cualquier persona competente, y, cuando proceda, del niño (art. 4).
- Los futuros padres adoptivos deber haber sido convenientemente asesorados y ser considerados como adecuados y aptos para adoptar (art. 5).
- Las autoridades del Estado de donde procede el niño deben cerciorarse de que la colocación del niño obedece al interés superior del niño (art. 16, letra d).
- Los futuros padres adoptivos deben manifestar su acuerdo con la colocación del niño (art. 17, letra a).

- El niño debe haber recibido la autorización de salir de su país de origen y entrar y residir en el Estado de recepción (art. 5, 17 y 18).

La identidad de los padres biológicos deberá estar protegida si la ley del Estado de origen no autoriza su divulgación (art. 16, apartado 2).

Además, cada Comunidad Autónoma ha elaborado sus propias normas regulando aspectos de las adopciones, como el funcionamiento de las entidades colaboradoras y las competencias de las mismas, entre las cuales se encuentra la tramitación de las solicitudes de adopciones, la elaboración de los certificados de idoneidad de los adoptantes, mientras que el Estado se reserva la competencia exclusiva de la autoridad competente para adoptar y el Derecho internacional aplicable al caso concreto.

29. ¿Dónde puedo encontrar los trámites exigidos en cada Comunidad Autónoma?

Andalucía:

<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadsaludypoliticassociales/areas/infancia-familias/adopcion-internacional.html>

<http://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/formar-familia/hijos/adopcion.html>

Aragón:

http://iass.aragon.es/menores/menores_internacional.htm

[http://otal.aragob.es/cgi-](http://otal.aragob.es/cgi-bin/bole/BOLETIN?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&DOCN=000064380)

[bin/bole/BOLETIN?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&DOCN=000064380](http://otal.aragob.es/cgi-bin/bole/BOLETIN?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&DOCN=000064380)

Asturias:

<http://asturadop.org/adopcion/adopcion-nacional/>

<http://asturadop.org/adopcion/adopcion-internacional/>

Cantabria:

<http://www.serviciosocialescantabria.org/index.php?page=servicio-de-adopcion>

Canarias:

http://www3.gobiernodecanarias.org/ccdpsv/adopciones/Lagislacion_Aplicable_im.html

Castilla y León:

http://www.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100/1284138831030/_/_/_

Castilla-la Mancha:

<http://docm.jccm.es/portaldocm/verDisposicionAntigua.do?ruta=2005/04/29&idDisposicion=123062397347940232>

Cataluña:

http://benestar.gencat.cat/es/ambits_tematics/acolliments_i_adopcions/

<https://w30.bcn.cat/APPS/portaltamits/portal/channel/default.html?&stpid=19970000811&style=ciudadano&language=es>

Extremadura:

<http://ciudadano.gobex.es/web/portal/tramites-detalle-ciudadanos-temas-igualdad%20y%20bienestar%20social/1721/normativas#pest>

<http://doe.juntaex.es/pdfs/doe/2003/140o/03040006.pdf>

Galicia:

<http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=12&idIdioma=1>

<http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=17&idIdioma=1>

Islas Baleares:

<http://www.caib.es/sacmicrofront/contenido.do?lang=ca&idsite=97&cont=1738>

<http://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST97ZI11949&id=11949>

Madrid:

http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1142336466013&idConsejeria=1109266187278&idListConsj=110265444710&idOrganismo=1109266227723&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109170600517

Murcia:

[http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6086&IDTIPO=100&RASTRO=c560\\$m6056](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6086&IDTIPO=100&RASTRO=c560$m6056)

Navarra:

http://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/2575/Programa-de-adopcion-internacional#normativa

http://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/2568/Programa-de-adopcion-nacional

País Vasco:

http://www.bizkaia.net/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem_Codigo=1786&idioma=CA&dpto_biz=3&codpath_biz=3|236|1785|1786

<http://www.bizkaia.net/home2/Temas/DetalleTema.asp?>

La Rioja:

<http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=459124&ldDoc=467830>

Comunidad Valenciana:

<http://www.bsocial.gva.es/web/menor/solicitudes-y-tramitacion705>

30. ¿Hay Estados de origen que en sus legislaciones establecen como criterio de no idoneidad el VIH y el sida?

En la página web de Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado se pueden consultar todos los cuestionarios completados por los países firmantes de la Convención de 29 de Mayo de 1993 relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69). En tales cuestionarios se elabora un “Perfil de país” con la finalidad de captar información sobre cómo funciona la adopción internacional en los Estados firmantes del Convenio.

Del análisis, país por país, de los referidos cuestionarios, no hemos encontrado ningún país en que el hecho de tener el VIH o el sida sea un impedimento para adoptar en los Estados de origen; si bien, en la práctica totalidad de los mismos se exige el Certificado de Sanidad (entendemos que tal certificado se incluye dentro del de idoneidad), el cual debe ser elaborado por la Autoridad Central del país de recepción, y ser remitido al país de origen del menor. Habrá que atender, pues, a la legislación interna del país de origen concreto para saber qué exige el Certificado de Sanidad.

No obstante, aunque los países no dicen que no discriminan tener el VIH o no, analizando la legislación interna de China¹ y Rusia² en materia de adopciones internacionales puede verse que en ambas se determina que las personas que tengan el sida no pueden adoptar en estos países.

Según la información facilitada por el equipo de adopciones de Conselleria de Benestar Social Generalitat Valenciana, parece que, en este momento, no hay ningún país que acepte expedientes de familias con el VIH; los adoptantes con el VIH (uno solo de ellos, o ambos) solo podrían dirigir su solicitud a adopción nacional.

¹ Véase: <http://www.bsocial.gva.es/portal/portal?id=6327&sec=2762013132641>

² Véase: <http://www.bsocial.gva.es/portal/portal?id=6341&sec=2762013132713>

V. ACCESO AL TRASPLANTE DE ÓRGANOS

31. ¿Puede una persona con el VIH o el sida ser receptor de un trasplante de órgano sólido?

Sí, en la medida en que exista indicación clínica.

1) La protección constitucional del derecho a la salud, cuya relación con los trasplantes de órganos se manifiesta en que la extracción de órganos humanos procedentes de donantes vivos o de fallecidos se debe realizar con una finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida del receptor.

2) Los trasplantes de órganos (riñón, corazón, pulmón, hígado, páncreas, intestino, riñón-páncreas, corazón-pulmón y cualquier otra combinación de dos o más de estos órganos para la que exista una indicación clínica establecida) están incluidos en la cartera de servicios comunes de atención especializada del Sistema Nacional de Salud.

3) La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema.

4) Si la existencia de una indicación clínica es esencial para poder acceder a cualquier prestación de la cartera de servicios comunes, habrá que acudir a instrumentos normativos como el Documento de Consenso para determinar si existe indicación clínica cuando se trata de un trasplante de órgano en el que está involucrada una persona con el VIH o el sida.

5) En la normativa interna de adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se recuerda que en las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos humanos, incluida la donación, la extracción, la preparación, el transporte, la distribución y las actividades del trasplante y su seguimiento, deberán respetarse los derechos, normas y principios recogidos en la Ley 30/1979 de Extracción y trasplante de órganos: concretamente los de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano. Además, garantiza la equidad en la selección y acceso al trasplante de los posibles receptores, y se adoptarán las medidas necesarias para minimizar la

posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos y para tratar de asegurar las máximas posibilidades de éxito del órgano a trasplantar.

32. ¿Es recomendable la técnica del trasplante de donante vivo?

En los últimos años, como consecuencia del aumento en la demanda de órganos, se ha incrementado el trasplante de donante vivo; sin embargo, los beneficios de esta técnica están aún por demostrar en la población infectada por el VIH. En el caso del trasplante hepático, donde muchos pacientes están coinfectados por el VIH y el VHC, es probable que la evolución de la reinfección por el VHC en los pacientes mono infectados por el VHC sea peor en los receptores de un hígado de donante vivo que en los que reciben un trasplante de cadáver.

Finalmente, se reconoce que aunque hay quien ha propuesto la utilización de otros pacientes infectados por el VIH como donantes, esta posibilidad no debe ser admitida, ya que existe la posibilidad de reinfección por el VIH tras el trasplante y que ésta pueda ser más virulenta o generar nuevos problemas de resistencia.

33. ¿Qué aspectos éticos pueden verse implicados en el trasplante de órgano sólido en personas con el VIH?

El principal aspecto ético que se plantea el trasplante de órgano sólido en personas con el VIH es el del acceso a esta prestación ya que se trata de un bien escaso que debe ser distribuido de forma justa y equitativa. Debido a que los órganos que se pueden trasplantar son escasos es necesario determinar el mejor sistema de distribución teniendo en cuenta consideraciones de eficacia, urgencia médica y equidad.

34. ¿Cuál es la eficacia del trasplante en personas con el VIH? ¿El trasplante beneficia al paciente? ¿El trasplante beneficiaría más a otros/as pacientes?

Raramente se formula en la distribución cuando hay abundancia de bienes pero cobra todo sentido cuando se trata de bienes escasos.

Supone la necesidad de establecer una política sobre las preferencias a la hora de distribuir órganos. La cuestión es que no se ha demostrado que la eficacia sea mayor en personas sin el VIH que en personas con el VIH. No obstante, debe reconocerse que sería erróneo trasplantar un órgano a un paciente que estuviera en una fase de sida terminal por la misma razón que sería erróneo trasplantar un órgano a un paciente con un carcinoma hepatocelular con gran metástasis: ambos pacientes probablemente morirán de sus

enfermedades antes de que se pueda producir un beneficio apreciable proveniente de su nuevo órgano.

35. ¿En qué casos puede excluirse a las personas con el VIH del acceso a los trasplantes de órganos?

Las personas con el VIH sólo pueden ser excluidas del acceso a los trasplantes de órganos si existe una razón justificada para ello. Una o algunas de estas posibles razones van a determinar la existencia o no de una indicación clínica que abra la puerta al trasplante de órganos. Se definen criterios en relación con la patología del órgano que motiva el trasplante; en relación con la infección del VIH (criterios clínicos, criterios virológicos); criterios psiquiátricos; y criterios sociales. A la hora de desarrollarlos, los redactores han tomado en cuenta las especificidades que tiene el VIH y que pueden justificar su exclusión del trasplante y recuerdan que fuera de esos supuestos deben seguirse los mismos criterios que para la población general en evaluación para trasplante de órganos. Así, los requisitos establecidos no son en absoluto discriminatorios respecto a las personas con el VIH ya que, por un lado, se basan en los mismos criterios clínicos y sociales que se utilizan para la población general y, por otro lado, cuando existe una diferencia respecto a estos criterios existe una justificación clínica.

VI. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA/BIOMÉDICA EN PERSONAS CON EL VIH EN CENTROS PENITENCIARIOS

36. ¿Cabe la investigación científica en personas con el VIH institucionalizadas por centros penitenciarios?

Sí. La investigación científica, que es la parte de la investigación biomédica en la que se produce la participación de seres humanos, está diseñada para contribuir al avance de los fines y objetivos de la medicina mediante el desarrollo de nuevas intervenciones y procedimientos terapéuticos, tanto de diagnóstico como de prevención. El objetivo de la investigación clínica no es proveer un diagnóstico, un tratamiento preventivo o terapéutico, sino comprobar una hipótesis, elaborar conclusiones y generalizar el conocimiento. Ahora bien, toda investigación clínica, debe evitar la explotación, el sometimiento a tratos inhumanos, crueles y degradantes y la discriminación de las personas que participan, y para ello debe hacer respetando su capacidad para tomar sus propias decisiones.

Respecto al VIH, desde 1981 hasta la actualidad se ha desarrollado una gran actividad de investigación clínica. La grandiosa inversión pública y privada ha dado sus frutos ya que en

un tiempo relativamente corto la enfermedad ha pasado de no tener cura a poder ser tratada como cualquier otra enfermedad crónica, aumentándose la calidad de vida de las personas con el VIH y la cantidad de años de vida.

37. ¿Qué principios deben observarse para que dicha participación sea éticamente aceptable?

El análisis de la legislación básica en esta materia demuestra que en nuestro sistema legal se ha establecido como un principio ético y un requisito legal que la investigación clínica en seres humanos debe contar, salvo en una serie tasada y muy excepcional de casos, con el consentimiento informado de las personas que participan en la misma. Asimismo el análisis de la legislación especial manifiesta que en nuestro sistema legal se ha establecido una serie de restricciones que limitan la participación de los reclusos, con o sin el VIH, en la investigación clínica.

Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada, debidamente documentada y en forma comprensible. La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación.

38. ¿Qué requisitos se requieren para la inclusión de las personas con el VIH encarceladas en una investigación científica?

Si bien es cierto que las personas que están encarceladas tienen limitados ciertos derechos y libertades (movimiento, derechos políticos...), también lo es que debido al carácter voluntario no se le puede imponer la participación en una investigación clínica.

El artículo 211 del Reglamento Penitenciario determina que los internos no pueden ser objeto de investigaciones médicas más que cuando éstas permitan esperar un beneficio directo y significativo para su salud y con idénticas garantías que las personas en libertad. Así, sólo podrán participar en investigaciones clínicas sobre enfermedades o situaciones socio-sanitarias que tengan o afecten a los internos o que tengan mucha prevalencia entre ellos (siendo el VIH una de ellas). Por otro lado, los principios éticos en materia de investigación sobre los seres humanos deben aplicarse de forma estricta y, en particular, en lo que concierne al consentimiento informado y a la confidencialidad.

El artículo 15 de la Constitución señala que nadie será sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y que en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos esos tratos inhumanos se han equiparado a que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. Se recoge así una salvaguardia fundamental como es la del libre consentimiento, el cual si se quiere que sea real deberá ser informado.

Aparecen de esta forma los tres requisitos básicos para que la inclusión de las personas encarceladas en una investigación clínica no suponga su sometimiento a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: información, voluntariedad y competencia. La persona encarcelada deberá estar informada para poder consentir; la persona encarcelada manifestará un consentimiento libre y voluntario; la persona encarcelada tiene competencia para consentir. A esto se añade que incluso la propia posibilidad de la inclusión está cuestionada, estableciéndose restricciones a la misma.

39. ¿Quién se encarga de que se respeten los principios mencionados?

Toda investigación llevada a cabo en prisión debe estar sometida a la aprobación de una comisión de ética o a cualquier otro procedimiento que garantice el respeto a estos principios. Normalmente se trata de un Comité de Ética de la Investigación externo al centro penitenciario al no existir un Comité Penitenciario de Ética de la Investigación. Los internos deberán ser informados, ya que es un derecho reconocido en nuestro sistema legal, de la existencia de los estudios epidemiológicos que les afecten que se lleven a cabo en la prisión en la que se encuentren.

Podría sostenerse que si un recluso recibe información accesible, adaptada a sus necesidades y registrada en un formato adecuado; recibe los apoyos necesarios durante todo el proceso de toma de decisiones; y tiene las capacidades de entender, comunicar, razonar, deliberar y de tener objetivos y valores, no hay ningún impedimento para que sea incluida en una investigación clínica en igualdad de condiciones que el resto de las personas sin que produzca explotación y sin necesidad de establecer medidas paternalistas que la protejan. No hacerlo así supondría un trato discriminatorio ya que se estaría tratando de forma desigual dos situaciones iguales y no existiría una justificación racional.

40. ¿Cabe la revocación del consentimiento de las personas que ya estén participando en la investigación científica/biomédica?

Todas las personas que participen en una investigación biomédica, incluso las incapacitadas legalmente, podrán revocar su consentimiento o asentimiento en cualquier momento. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento o del asentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto. Así, las personas a las que se solicite su participación en una investigación serán informadas específicamente de su derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento sin que pueda verse afectado por tal motivo su derecho a la asistencia sanitaria. De tal forma que se debe garantizar la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica.

VII. TRATAMIENTOS FARMACOLÓGICOS

41. ¿Cuáles son las consecuencias de modificar un tratamiento farmacológico basado en combinaciones de antirretrovirales a dosis fijas (CADF) por componentes genéricos de dichas combinaciones?

En algunas CCAA y en algunos hospitales, por razones económicas, se ha cambiado el tratamiento farmacológico basado en una CADF de marca por componentes de dichas combinaciones. Este hecho trae consigo una serie de implicaciones:

Desde un punto de vista jurídico:

1. Vulnera el principio de igualdad porque la prestación de los servicios sanitarios no se hace en condiciones de igualdad efectiva, independientemente del lugar del territorio nacional en el que se resida.

2. Vulnera el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas porque modifica de forma unilateral la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

3. Vulnera el derecho a la protección de la salud porque no garantiza el acceso a las prestaciones sanitarias de excelencia.

4. No puede sustituirse una combinación de antirretrovirales a dosis fija por los componentes individuales de dicha combinación porque la sustitución sólo puede hacerse cuando el medicamento sustituyente tiene idéntica composición cualitativa y cuantitativa en principios activos, forma farmacéutica, vía de administración, dosificación y presentación del medicamento sustituido.

5. Debe hacerse previa consulta y discusión con las asociaciones de personas con VIH y sociedades científicas de investigación sobre el VIH.

Desde un punto de vista económico: no tiene en cuenta ni los costes indirectos (pérdidas de productividad) ni la calidad de vida del paciente asociada a la salud.

Desde un punto de vista ético: puede producir un daño tanto a nivel individual (falta de adherencia y aparición de resistencias) y a nivel comunitario (dificulta el control de la enfermedad).

42. ¿El/la paciente puede elegir tratamiento entre distintas alternativas o, incluso, rechazar cualquier tipo de tratamiento?

Sí, salvo que la no intervención suponga riesgo para la salud pública, que se trate de un incapaz (en cuyo caso la decisión corresponde a sus familiares) o cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

VIII. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO LABORAL

43. ¿Qué tipo de datos son los que pueden calificarse como “datos sensibles” de salud personal y cuáles son los requisitos para su tratamiento lícito?

Los datos sensibles son aquellos que se refieren a cuestiones íntimamente ligadas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana y que, por tanto, tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgo para prácticas discriminatorias.

44. ¿Para acceder a determinados servicios o a determinados beneficios legales para las personas con discapacidad es necesario aportar el informe técnico en el que consta la causa de la declaración de minusvalía, por ejemplo padecer el VIH?

La única información pertinente, adecuada, necesaria y no excesiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal es la recogida en la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad.

Dicha información resulta suficiente para acreditar la situación de discapacidad, así como su grado y tipo. La solicitud de cualquier otra información relativa a esta cuestión sería contraria a lo dispuesto en la Ley y vulneraría, por tanto, los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución.

La aportación de la resolución relativa al grado de discapacidad, tanto en el ámbito público como privado, será suficiente para constatar dicha situación, resultado ilegal la solicitud de más datos de salud que los que contiene dicha resolución; resolución que ha de limitarse únicamente al tipo de discapacidad sufrida.

45. ¿Es obligatorio realizarse las pruebas médicas laborales? ¿Puede la empresa solicitar que me las haga para acceder a un empleo?

En el ámbito laboral, las pruebas médicas sólo podrán producirse, como regla general, cuando cuenten con el consentimiento del trabajador, a menos que exista una ley que ampare su realización de forma obligatoria. La imposición de un control médico sólo podrá realizarse cuando esté amparado por una ley que tenga un fin constitucional, el control sea adecuado y proporcionado de conformidad con el fin perseguido y se encuentre recogidos con precisión todos los supuestos materiales de la medida limitadora.

La prueba que se realice tiene que ser indispensable para el fin que se persigue y debe existir, en todo caso, proporcionalidad entre la prueba y el riesgo para la salud del/la trabajador/a. Sin estos requisitos no resulta posible la realización de pruebas o reconocimientos médicos al trabajador. El mero interés empresarial no podrá fundamentar la realización de una prueba médica y la intromisión en sus derechos fundamentales.

46. ¿Tiene acceso la empresa a los resultados de la revisión médica de las personas empleadas? ¿A qué tipo de información tiene acceso el empresariado sobre la situación de salud de las personas empleadas?

La normativa sobre prevención de riesgos laborales nos permite concluir que el empresario no tendrá acceso a los datos médicos del empleado. Únicamente podrá ser informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención. La utilización ilícita de este tipo de datos atentaría contra la vida privada del trabajador y, en muchos supuestos, implicaría el inicio de tratos discriminatorios contradiciendo lo dispuesto en la propia Ley: los datos relativos a

la vigilancia de la salud de los/as trabajadores/as no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del propio trabajador/a.

IX. INCAPACIDAD PERMANENTE Y EJERCICIO PROFESIONAL

47. ¿Qué puede ser causa de la extinción de mi contrato de trabajo?

La merma de la capacidad profesional, ya sea por ineptitud sobrevenida, o por el reconocimiento de una incapacidad permanente.

48. ¿Qué es ineptitud sobrevenida?

La jurisprudencia la define como la: “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.” (STS 2-5-1990).

49. ¿Puede extinguir mi contrato de trabajo, la incapacidad permanente en sus grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez?

La incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez son causa automática de extinción del contrato de trabajo.

50. ¿Y la incapacidad permanente total?

La incapacidad permanente total para la profesión habitual exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva, en la medida en que no impide que el/la profesional desempeñe otra profesión u oficio y cabe que el/la empresario/a reubique al trabajador/a en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual.

51. ¿Si me reconocen la incapacidad permanente total, obligaría al empresario/a a reubicarme en otro puesto de trabajo?

No. Aquí no se impone la extinción, sino que se habilita al empresario para que decida la resolución del contrato. Nuestro ordenamiento no obliga al empresario/a, ni en uno, ni en

otro caso, a reubicar al trabajador/a en otro puesto aunque existiera una vacante en la empresa de tales características.

52. ¿El reconocimiento de una incapacidad permanente parcial obligaría al empresario a reubicarme en otro puesto de trabajo?

Sí. El art. 1 RD 1451/1983 reconoce el derecho del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial, a ser reubicado en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual.

53. ¿Y si el órgano que califica la invalidez considera que es previsible la recuperación del trabajador en el plazo de dos años?

Así se lo hará saber al empresario/a con la finalidad de que el contrato de trabajo no se extinga, sino que quede en suspenso. La empresa, durante este lapso de tiempo, tendría la obligación de reservar al trabajador/a su puesto de trabajo.

54. ¿Y si habiendo cesado en la empresa por haberme reconocido una incapacidad permanente total, o absoluta, recuperara mi plena capacidad laboral?

Tendrá preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa al objeto de cubrir la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

X. EL VIH EN EL ÁMBITO SANITARIO

55. ¿Puede alguien que se dedica a prestar un servicio sanitario seguir desempeñando dicha profesión cuando se encuentra afectado por VIH?

Sí. Si se le apartara de su profesión por ese motivo constituiría un acto discriminatorio que vulnera lo establecido en el artículo 14 de la Constitución.

Es importante distinguir entre exposure-prone procedures (procedimiento invasivo con riesgo de exposición) y otros procedimientos que no son invasivos. La respuesta normativa cambia cuando se trata de realizar un procedimiento invasivo con riesgo de exposición (los denominados como exposure-prone invasive procedures) porque aunque « [los] riesgos [de transmisión] todavía son muy pequeños, (...) son claramente elevados cuando se

comparan con [los riesgos de] otras actividades rutinaria de cuidado del paciente» (Henderson et al. 2010: 211).

El personal sanitario afectado por el VIH no supone un riesgo para los pacientes siempre y cuando su carga viral sea baja, estén siguiendo un tratamiento y tomen las precauciones y medidas universales que se detallan en el SHEA de 2010 (Society for Healthcare Epidemiology of America).

Una persona con el VIH que desarrolle una labor sanitaria puede ser apartada de la misma si se considera que representa un riesgo significativo para terceras personas (existe un test de cuatro pasos desarrollado por la jurisprudencia norteamericana) y no se pueden disponer ni de mecanismos de prevención universal ni de ajustes razonables específicos que eliminen dicho riesgo. Esto significa que una persona con el VIH que desempeñe una labor sanitaria no debe ser considerada siempre y en toda ocasión como un riesgo significativo si es posible que en dicha labor se adopten las medidas de prevención general o, en caso de ser necesarios, una serie de ajustes razonables específicos para cada persona que no le impidan desarrollar las funciones esenciales del empleo.

56. ¿Debe el personal sanitario afectado por el VIH comunicar su condición al centro médico? ¿Y a los/as pacientes?

No tiene obligación de comunicarlo al centro en el que trabaja. Puede someterse a los mismos controles médicos que voluntariamente decida someterse, como sus compañeros/as.

El personal sanitario tampoco tiene obligación de comunicarlo a los pacientes. Debe tomar las precauciones necesarias en las actividades que realice.

Para el caso de personal sanitario que desempeña una función en la que pueda haber riesgo de transmisión sí debe comunicarlo a su centro.

XI. EL VIH EN LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO (FFCCSE)

57. Una persona, perteneciente a la Guardia Civil (FFCCSE), y a la que se le diagnostica el VIH (llevando ya 2 años de servicio activo), ¿puede perder el puesto de trabajo por tener el VIH?

Por el VIH o el sida sobrevenido, esto es, el que es detectado una vez que la persona ha adquirido la condición de Guardia Civil, no se produce la expulsión inmediata, pero sí es posible, dependiendo de cómo se haya desarrollado el virus en el organismo, que la persona con el VIH o el sida sea destinada a otra unidad o puesto de trabajo y que, en determinados casos, sea retirada del servicio.

58. ¿Cómo puede repercutir la enfermedad del VIH en la vida laboral de un/a Guardia Civil?

El VIH y el sida pueden llegar a afectar a las condiciones psicofísicas de las personas y ciertos puestos de trabajo o destinos en la Guardia Civil pueden demandar unas condiciones psicofísicas excepcionales.

Esto no significa perder el puesto de trabajo sino que sólo estaría justificado cambiar de destino a la persona seropositiva al VIH cuando el virus haya afectado a las condiciones psicofísicas y el puesto requiera un determinado nivel de condiciones psicofísicas.

59. Una persona perteneciente a la Guardia Civil (FFCCSE), ¿ha de comunicar a la Unidad que está destinada, que se le ha diagnosticado que es VIH positiva?

La doctrina jurisprudencial ha establecido que “no existe obligación de declarar que se es portador de los anticuerpos del VIH o que se padece SIDA”. Por otro lado, todas las personas que forman parte de la Guardia Civil tienen el deber de someterse periódicamente a pruebas psicofísicas, entre las que se incluyen análisis de sangre en las que se va a determinar la seropositividad al VIH o el sida, por lo que antes o después se va a conocer ésta.

XII. ACCESO A LOS SERVICIOS FINANCIEROS Y DE SEGURO

60. Previamente a la celebración de un seguro, ¿pueden formularme preguntas relativas a la presencia de VIH?

Sí. Pueden considerarse lícitas y justificadas, teniendo en cuenta la necesidad de valorar el riesgo asociado al estado de salud de las personas para el correcto funcionamiento de los contratos y el mercado de servicios de seguro.

61. Previamente a la celebración de un seguro, ¿pueden exigirme la realización de pruebas del VIH?

Hay precedentes jurisprudenciales españoles que admiten que las compañías aseguradoras requieran la realización de pruebas si ello aparece justificado por la cuantía de la cobertura solicitada u otros extremos del contrato a celebrar.

62. Una compañía, que preste habitualmente servicios de seguro de vida y otros seguros de personas, ¿puede negarse a asegurar a una persona, únicamente por estar infectada por el VIH?

La negativa de la compañía puede ser considerada injustificadamente discriminatoria, y en tal medida ilícita, cuando dicha decisión no se base en, y aparezca justificada por, cálculos actuariales razonables o fundados, incluidos los relativos al tipo de riesgo normalmente asumido por la compañía y el riesgo agregado soportado por ella.

63. ¿Cómo se han de considerar las cláusulas en los seguros de vida y otros seguros de personas que excluyan de la cobertura los riesgos asociados al VIH, o limiten la cobertura prevista para tales riesgos?

Estas cláusulas pueden ser consideradas discriminatorias, y por tanto nulas, en la medida en que no se basen en cálculos actuariales razonables o fundados, a la vista de la prima o la tarifa aplicada, tanto si en el momento de la celebración del contrato el asegurado/a no está infectado/a por el VIH, como si, estándolo, se halla en fase asintomática, como, finalmente, si ha desarrollado el sida.

64. ¿Y si en el momento de la celebración del contrato la persona asegurada no tiene el VIH?

Tales cláusulas serán injustificadamente discriminatorias, en particular, cuando la persona asegurada no tenga el VIH en el momento de la celebración del seguro, y en el contrato se dé un tratamiento a los riesgos derivados del VIH que no se corresponda con el otorgado a otras afecciones de similar gravedad.

65. Ante una compañía aseguradora que no admite una solicitud de seguros a personas con el VIH, o las cláusulas que excluyen los riesgos relacionados con el VIH en general, ¿qué puedo hacer?

1.-Puedes ejercer acciones judiciales. Dichas prácticas y cláusulas deben considerarse injustificadamente discriminatorias en la medida en que no se basen en criterios técnicos actuariales fundados o razonables. Dicho ejercicio conllevaría la necesidad de probar el efectivo carácter discriminatorio de la práctica o cláusula atacada por parte del demandante.

2.-También puedes atacar estas cláusulas. Con base en el Contrato de Seguro y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como cláusulas abusivas, pues pueden tener aplicación en concreto a las cláusulas de exclusión de los riesgos asociados al VIH.

3.-También puedes combatir estas cláusulas. Con base en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, donde se regula la acción de cesación, que puede dirigirse contra el empresario que utilice este tipo de cláusulas de forma regular (como sucede con las incluidas en condiciones generales de los contratos) precisamente para obligarle a que cese en su uso.

Para el ejercicio de esta acción están legitimados el Instituto Nacional de Consumo (o los órganos autonómicos paralelos), el Ministerio Fiscal, y las asociaciones de consumidores constituidas con arreglo al TRCU.

4.-También puedes utilizar medidas de naturaleza administrativa, al margen de la vía judicial. Ante situaciones de discriminación por razón de discapacidad:

- Solicitar asesoramiento.
- Dirigir denuncias a la Oficina Permanente Especializada (OPE) del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND).
- Las denuncias pueden ser realizadas por las asociaciones representativas de personas con discapacidad, asociaciones que normalmente, en el caso del VIH, reúnen y representan a los afectados por el virus en cualquier grado y sin lugar a distinción.

5.-También dispones de una segunda medida para combatir estas prácticas por discriminatorias. La denuncia ante la autoridad sectorial competente en materia de seguros, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (incardinada en el Ministerio de Economía y Hacienda).

66. Una entidad financiera, para la concesión de un préstamo u otro tipo de crédito, ¿me lo pueden condicionar o exigir, a la suscripción de un seguro de vida, accidente o enfermedad?

Sí, es muy frecuente que en los préstamos o cualquier tipo de concesión de crédito para determinadas necesidades, las entidades financieras condicionen la concesión de préstamos o créditos a la suscripción de un seguro de vida (o de vida y accidente o enfermedad), en multitud de ocasiones ya adaptado en función de su carácter instrumental y accesorio respecto de la operación principal de préstamo, y habitualmente denominado “seguro de amortización” o “seguro hipotecario” cuando acompaña a un préstamo de este tipo.

XIII. ASISTENCIA EN ESPAÑA A PERSONAS EXTRANJERAS CON EL VIH

67. Una persona ciudadana comunitaria con el VIH que quiere trasladarse a España, ¿qué trámites deberá seguir para ser atendida por la sanidad pública española?

Para poder ser atendido/a por la sanidad pública española y obtener sin coste alguno el tratamiento para el VIH, así como cualquier otra asistencia sanitaria que se precise, se necesita:

- a) Ser titular del derecho a la Seguridad Social en España.
- b) Adquirir la condición de beneficiario del Sistema Sanitario público español por ser descendiente de un asegurado y cumplir los requisitos de convivencia, residencia efectiva e ingresos máximos respecto al IPREM.
- c) Obtener la tarjeta sanitaria europea por ser ciudadano europeo y cumplir los requisitos para su obtención en el país de origen, lo que le dará derecho a recibir asistencia sanitaria durante 90 días en España. Cumplido el plazo, seguirá recibiendo el tratamiento para el VIH en la Comunidad Autónoma correspondiente si cumple los requisitos económicos y temporales que en la normativa autonómica se establezcan.
- d) Si no tiene derecho a obtener la Tarjeta Sanitaria Europea en su país de origen, podría seguir recibiendo el tratamiento si cumple las condiciones establecidas por el programa autonómico de Protección a la Salud.

Si el paciente está asegurado por el Sistema Nacional de Salud de su país de origen tendrá derecho a recibir asistencia sanitaria en España durante su estancia en las mismas condiciones que los asegurados españoles. La estancia se refiere a un desplazamiento temporal, por lo que deberá obtener la tarjeta sanitaria europea en su país.

68. Un nacional comunitario que no cotiza en su país de origen y es VIH positivo ¿puede suscribir un seguro público o privado para recibir atención farmacológica?

Queda descartada la opción del seguro público puesto que no cuenta con seguro de enfermedad en su país de origen. Para el seguro público de la Seguridad Social española deberá permanecer/residir en España más de 3 meses, pero contando con medios económicos suficientes para no ser una carga para el Estado y, en su caso, con un seguro de enfermedad.

En cuanto a la existencia de seguros privados que acepten a personas con el VIH es recomendable informarse previamente con las aseguradoras, pues algunas de estas empresas establecen limitaciones. El cliente una vez asegurado deberá obtener un documento certificando que tiene derecho a prestaciones en especie, en condiciones iguales a las que se aplican a las personas aseguradas conforme a la legislación del Estado miembro de estancia/residencia.

69. Un extranjero que reside en un país extracomunitario en el que recibe tratamiento por el VIH ¿puede trasladarse a España y seguir recibiendo su tratamiento?

En general, todos los extranjeros que deseen viajar a España necesitarán un visado para residir, trabajar o estudiar, siempre que carezcan de antecedentes penales. Como turista se podrá permanecer un plazo máximo de 90 días. Cumplidos los tres meses se deberá abandonar el país o bien solicitar una prórroga de estancia o una autorización de residencia. En caso contrario se pasa a situación irregular. Y si el visado es de más de 6 meses hay que tramitar en la Oficina del extranjero o Subdelegación del Gobierno la tarjeta de estudiantes o trabajadores para extranjeros.

Para los extranjeros que no ejerzan una actividad laboral en España, se debe tener un seguro médico público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la que proporciona el Servicio Nacional de Salud.

70. ¿Una persona extranjera con el VIH puede recibir algún tipo de asistencia sanitaria en España?

Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España recibirán lo que se llama la asistencia sanitaria en situaciones especiales: de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica y de asistencia al embarazo, parto y postparto.

El VIH encajaría en enfermedad grave, pero no en el requisito de urgencia, porque no le ha sobrevenido al paciente de repente; si bien, el VIH es lo suficiente importante como para que no sea tratado. Por ello se dispensará asistencia sanitaria hasta la situación de alta médica, pudiendo recibir las prestaciones farmacéuticas siempre que se suministren en hospital con ingreso hospitalario. Fuera del ámbito hospitalario, no existe previsión sobre la gratuidad de la medicación para este colectivo.

71. ¿Necesita autorización de trabajo un/a profesional de la psicología extranjero/a que pretende trasladarse a España? ¿Tiene derecho al tratamiento del VIH?

Las personas licenciadas en Psicología constituyen un caso especial, ya que podrán trabajar en España sin necesidad de tramitar la correspondiente autorización de trabajo, siendo obligatorio informar a la Oficina de Extranjeros con carácter previo al inicio de la actividad. Si realiza una actividad laboral, tiene acceso al tratamiento antirretroviral.

72. El certificado médico necesario para obtener el visado ¿exige la prueba del VIH? En caso afirmativo, ¿sería una causa de denegación del mismo?

En el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS de 2005 no se incluye el VIH como enfermedad cuarentenal y por tanto no deberá ser causa de denegación del visado el tener dicho virus.

XIV. REFERENCIAS

- “El derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y farmacéutica de extranjeros en España afectados por el VIH” (Clínica Jurídica per la Justícia Social, UV)

- “Informe sobre el acceso de personas con VIH a los tratamientos de reproducción humana asistida” (Miguel Ángel Ramiro Avilés)
- “Adopciones internacionales por personas con el VIH” (Clínica Jurídica per la Justícia Social, UV)
- “Informe sobre el cambio de medicación por genéricos” (Miguel Ángel Ramiro Avilés)
- “Investigación clínica en personas con VIH institucionalizadas” (Miguel Ángel Ramiro Avilés)
- “VIH y privacidad” (Miguel Ángel Ramiro Avilés y Paulina Ramírez Carvajal)
- “Las prestaciones por incapacidad permanente (desde la perspectiva de las personas infectadas por el virus VIH) y su compatibilidad con el ejercicio de una actividad profesional” (Cristina Aragón Gómez)
- “El VIH y las profesiones sanitarias: la transmisión iatrogénica del VIH” (Miguel Ángel Ramiro Avilés e Irene Salas Muñoz)
- “Asesoramiento sobre el VIH y el acceso a los Cuerpos de Seguridad del Estado” (Miguel Ángel Ramiro Avilés)
- “El acceso de las personas que viven con VIH/SIDA a los servicios de seguro y otros servicios financieros conexos. Análisis de la situación presente y propuestas” (Marta García-Mandaloniz y Manuel Alba Fernández)



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

CLINICA JURÍDICA DE VIH/SIDA

Miguel A. Ramiro Avilés
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Subdirector IDHBC

La consulta que se ha enviado desde CESIDA a la Clínica Jurídica de VIH/Sida del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” se formula por una persona que pertenece a uno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la Guardia Civil, que tiene una estructura militar. A dicha persona, después de haber superado las pruebas médicas de acceso y estar dos años de servicio activo, se le ha diagnosticado que es seropositiva al VIH. Esta persona formula una batería de preguntas: 1. ¿podría perder el puesto de trabajo por ser seropositiva al VIH?; 2. ¿en qué medida puede repercutir la enfermedad en la vida laboral?; 3. ¿tiene que comunicar su nuevo estado de salud en la unidad a la que está destinada?

I

La repercusión que tiene el VIH en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y en las fuerzas armadas debe ser objeto de un profundo análisis tanto desde una perspectiva *directa* como desde una perspectiva *indirecta*. La perspectiva indirecta nos llevará a analizar cómo se relacionan los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas con las personas con VIH/Sida que no pertenecen a dichos cuerpos y fuerzas, esto es, qué actitudes y comportamientos existen entre los policías y los militares (en general, los cuerpos uniformados) con las personas que tienen VIH/Sida, con las que se sospecha que tienen VIH/Sida, con las que son más vulnerables al VIH/Sida y con las familias de todos esos colectivos. En cambio, la perspectiva directa nos llevará a analizar cómo reaccionan los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas cuando uno de sus miembros tiene el VIH/Sida, o se sospecha que tiene el VIH/Sida, o cuando una persona con VIH/Sida pretende formar parte de la institución. Indudablemente, en ambas perspectivas el género debe ser un factor determinante.

En general, esta consulta debe verse como una oportunidad para reflexionar sobre el impacto que el VIH/Sida tiene en los cuerpos y fuerzas de seguridad y de las fuerzas armadas en España. No existen, o al menos yo he sido incapaz de encontrar, informes específicos sobre dicho impacto. ¿Existen datos sobre la prevalencia y el impacto del VIH/Sida en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas?; ¿se ha monitorizado algún tipo de estudio?; ¿se han identificado los factores organizativos y operativos que pueden influir en la transmisión del VIH/Sida?; ¿se han examinado los protocolos de actuación desde la perspectiva del VIH/Sida?; ¿se ha evaluado el impacto real o potencial que el VIH/Sida puede tener en los miembros de la organización? Si dichos datos existiesen, deberían hacerse públicos ya que permitirían determinar los efectos, tanto a nivel económico como de seguridad, que pudiera tener el VIH/Sida en una organización fundamental del Estado; la influencia que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y las fuerzas armadas pudieran tener en la expansión y/o el control del VIH/Sida; y el efecto que el VIH/Sida pudiera tener en la funcionalidad y efectividad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y las fuerzas armadas.

Es muy importante conocer la prevalencia y el impacto que el VIH/Sida tiene en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas, tanto desde la perspectiva directa como desde la perspectiva indirecta, si se quiere articular una respuesta adecuada al VIH/Sida basada en los derechos humanos. El cómo se gestione dicho impacto puede ser un reflejo de lo que realmente ocurre en la sociedad. Si en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y en las fuerzas armadas se estigmatiza y discrimina a la persona que tiene VIH/Sida, en la sociedad en general se va a reproducir el mismo comportamiento. Así, determinadas prácticas, como por ejemplo excluir de los procesos de selección a las personas con VIH/Sida sin llegar a determinar hasta qué punto el VIH/Sida pudiera afectar la funcionalidad y efectividad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y las fuerzas armadas, no constituyen buenas prácticas en esta materia. Así lo ha declarado, por ejemplo, la corte constitucional de Polonia en 2009 cuando declaró inconstitucional una directiva del Ministerio del Interior que declaraba que las personas con VIH no estaba capacitadas para trabajar en la policía. La corte constitucional señaló que la presencia del VIH puede ser relevante en algunos puestos pero no en otros. Las políticas, prácticas y actitudes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas hacia el VIH/Sida pueden tener un efecto tanto negativo pero también positivo pues, como ha señalado ONUSIDA, los servicios uniformados son a menudo percibidos como modelos de comportamiento en la sociedad.

II

Volviendo a la consulta que ha sido remitida, la cual debe enfocarse desde la perspectiva directa, y a la batería de preguntas formuladas, una respuesta muy breve, en la que posteriormente ahondaré, sería que la seropositividad al VIH podría llegar a afectar al puesto de trabajo que se está desempeñando en la Guardia Civil, llegando a suponer en los casos extremos el paso a una situación de retiro, con lo que la carrera profesional en el instituto armado podría verse perjudicada. El VIH/Sida puede llegar a afectar a las condiciones psicofísicas de las personas y ciertos puestos de trabajo o destinos en la Guardia Civil pueden demandar unas condiciones psicofísicas

excepcionales. Esto no significa perder el puesto de trabajo sino que sólo estaría justificado cambiar de destino a la persona seropositiva al VIH cuando el virus haya afectado a las condiciones psicofísicas y el puesto requiera un determinado nivel de condiciones psicofísicas. Respecto a la cuestión de si debe o no debe comunicar su nuevo estado de salud en la unidad a la que está destinada, todas las personas que forman parte de la Guardia Civil tienen el deber de someterse periódicamente a pruebas psicofísicas, entre las que se incluyen análisis de sangre en los que se va a determinar la seropositividad al VIH/Sida, por lo que antes o después se va a conocer.

El caso que nos ocupa en esta consulta debe enfocarse desde la perspectiva directa ya que se analiza cómo se reacciona por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de las fuerzas armadas cuando uno de sus miembros tiene el VIH/Sida, o se sospecha que tiene el VIH/Sida, o cuando una persona con VIH/Sida pretende formar parte de la institución. Pues bien, la respuesta varía dependiendo de si la persona ya forma parte de la institución o si la persona pretende formar parte de la misma. En este segundo caso, al menos en la Guardia Civil, de forma explícita se veda el acceso a la institución de una persona diagnosticada con VIH/Sida ya que en el Cuadro Médico de Exclusiones, disponible en la página web de la Guardia Civil, en el apartado dedicado a las enfermedades generales se incluyen las «enfermedades de la sangre y órganos hematopoyéticos, de cierta importancia funcional o pronóstica» y las «enfermedades inmunitarias y alérgicas de cierta importancia funcional o pronóstica».

Esta respuesta merecería un apartado específico ya que se está excluyendo de manera general a todas las personas con VIH/Sida por el simple hecho de que en el organismo de una persona se ha instalado un virus, el cual, dados los tratamientos existentes en la actualidad, puede no llegar a afectar las condiciones psicofísicas requeridas para ejercer las labores propias de ese trabajo o destino.

El VIH/Sida sobrevenido, esto es, el que es detectado una vez que la persona ha adquirido la condición de Guardia Civil, como es el que caso que nos ocupa, merece una respuesta normativa diferente ya que no se produce la expulsión inmediata pero sí es posible, dependiendo de cómo se haya desarrollado el virus en el organismo, que la persona con VIH/Sida sea destinada a otra unidad o puesto de trabajo y que, en determinados casos, sea retirada del servicio. Este tipo de casos son bastante comunes en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y en las fuerzas armadas, pues junto al caso de Polonia encontramos referencias en la India, el Reino Unido, Sudáfrica y los Estados Unidos, y en todos esos países los problemas y las preguntas son las mismas.

En nuestro país, la Guardia Civil está regulada, entre otras normas, por el artículo 140 de la Constitución; por la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; por la Ley 42/1999, de Régimen del Personal de la Guardia Civil; por el Real Decreto 944/2001, de Reglamento de Aptitud Psicofísica del Personal de las Fuerzas Armadas; por el Real Decreto 179/2005, sobre Prevención de Riesgos Laborales en la Guardia Civil; y por la Ley Orgánica 1/2007, de Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil. Como posteriormente veremos, también es de aplicación el Real Decreto

1971/1999, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad (conforme a la redacción dada por el Real Decreto 1856/2009).

El punto de partida de nuestro análisis debe ser la LO 1/2007 pues es la norma que pretende adaptar a la Guardia Civil a la nueva realidad social. En dicha norma, tal y como se señala en su título, se aborda la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los miembros de la Guardia Civil, quienes gozan, salvo por las excepciones y puntualizaciones que contiene la Ley, los mismos derechos que el resto de los ciudadanos. Esto supone que, en primer lugar, el artículo 3 disponga que «en el régimen interno y funcionamiento de la Guardia Civil no podrá establecerse ni practicarse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo u orientación sexual, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Igualmente, en el artículo 5 se reconoce el derecho a la intimidad y se reconoce que «los datos relativos a los miembros de la Guardia Civil estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal». El artículo 31, encuadrado en el título sobre los derechos profesionales de los miembros de la Guardia Civil, señala que «los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, con las peculiaridades propias de las funciones que tiene encomendadas». A lo que añade, «la Administración General del Estado promoverá las medidas necesarias para garantizar, en lo posible, la seguridad y la salud del personal de la Institución al utilizar los medios y equipos puestos a su disposición, con especial atención a los riesgos específicos que se deriven de sus funciones. A tal fin desarrollará una política activa de prevención de riesgos laborales y vigilancia de la salud y proporcionará los equipos de protección necesarios para el cumplimiento de su misión, facilitando la formación e información suficientes en materia de prevención». El artículo 32, por su parte, reconoce el «derecho a disfrutar de un régimen de protección social que incluya la asistencia sanitaria y prestaciones en caso de enfermedad e incapacidad».

Junto a estos derechos, muy importantes en cuestiones relacionadas con la salud, la protección social y el VIH/Sida, está el deber de «someterse a los reconocimientos psicofísicos necesarios para determinar su aptitud para el servicio» (art. 23). Este deber es inexcusable y será determinante para el futuro desarrollo profesional en la Guardia Civil de la persona afectada de manera sobrevenida por el VIH/Sida.

La condición psicofísica es, como hemos visto, una condición inexcusable para poder optar a una de las plazas de acceso y es, como vamos a ver a continuación, una condición estrechamente vigilada para determinar el puesto de trabajo que puede desempeñarse. En la Ley 42/1999, encargada de establecer el régimen del personal de la Guardia Civil (art. 1), se regula un documento que es crucial: el historial profesional (art. 45). En dicho historial se reflejarán todas las vicisitudes profesionales del guardia civil, será de uso confidencial, no figurará ningún dato que pudiera constituir causa de discriminación, y constará, entre otros documentos, del expediente de aptitud psicofísica. En este expediente «figurarán los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas que se realizarán con el contenido y periodicidad que se establezca reglamentariamente según el empleo, Escala, edad y circunstancias personales, o en cualquier momento a iniciativa fundamentada del

propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo. También figurarán todos aquellos que se realicen con objeto de determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a los efectos establecidos en la presente Ley» (art. 49.1). Estos resultados «quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya» (art. 49.3).

El historial profesional será utilizado en las evaluaciones que los miembros de la Guardia Civil deben pasar. Estas evaluaciones tienen como finalidad, entre otras cosas, evaluar la insuficiencia de condiciones psicofísicas (art. 51.1.d). Dado el caso de una insuficiencia psicofísica, se podrá iniciar un expediente para determinar la limitación para ocupar determinados destinos o del pase a retiro (art. 55.1). La insuficiencia psicofísica que da lugar a la incoación de este expediente debe ser definitiva, tal y como se define en el artículo 97.2: se entenderá como definitiva aquella insuficiencia psicofísica provocada por una lesión o enfermedad que sea irreversible o si han pasado dos años desde que fue apreciada. Existe la previsión de regular mediante reglamento «los procedimientos para la tramitación de los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas que puedan dar lugar a la limitación para ocupar determinados destinos o al pase a retiro y los cuadros de condiciones psicofísicas que permitan al órgano pericial competente emitir los dictámenes oportunos» (art. 55.2).

Dicha previsión no se ha desarrollado hasta el momento por lo que, en el caso de la Guardia Civil, se aplica, en virtud de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 944/2001, de Reglamento de Aptitud Psicofísica del Personal de las Fuerzas Armadas, el propio Real Decreto 944/2001 y el Real Decreto 1971/1999, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad (conforme a la redacción dada por el Real Decreto 1856/2009). Así, pues, en virtud de dicha Disposición Transitoria, la determinación de la aptitud de la aptitud psicofísica del personal de la Guardia Civil se regirá por el Real Decreto 944/2001 y, en relación con los cuadros de condiciones psicofísicas, por lo establecido en el Anexo 1.A del Real Decreto 1971/1999.

Atendiendo a lo establecido en el Real Decreto 944/2001, las pruebas psicofísicas estarán compuestas de un reconocimiento médico, de una prueba psicológica y de una prueba física (art. 3.1). El resultado de dichas pruebas se formalizará en un informe médico y, en su caso, se hará constar, además de la posible insuficiencia, su irreversibilidad o no y el tiempo transcurrido desde su diagnóstico (art. 3.4). Las pruebas psicofísicas deben realizarse cada siete, cinco o tres años, dependiendo de la edad de la persona y de la prueba de que se trate (arts. 4-6), y excepcionalmente podrán realizarse pruebas no periódicas bien a petición del interesado o del jefe de la unidad, centro u organismo de destino o autoridad de quien dependa el interesado (art. 7). ¿Qué ocurre cuando es detectada una insuficiencia psicofísica? El artículo 8, al igual que el artículo 97.2 de la Ley 42/1999, señala que si la insuficiencia psicofísica es irreversible, ya sea por la propia naturaleza de la enfermedad o por el transcurso de dos años desde que fue diagnosticada, se iniciará un expediente para determinar, según el artículo 9, si se establece una limitación para ocupar determinados destinos, un cambio de especialidad, el pase a retiro o la resolución del compromiso (esta última

opción sólo es aplicable a los casos de militares profesionales y no a los militares de carrera por lo que no afecta a los miembros de la Guardia Civil).

El procedimiento tendrá una fase de instrucción (art. 11) y una fase de resolución (art. 12). A lo largo del procedimiento se deberá determinar, a la vista de los informes médicos sobre su condición psicofísica y de las aptitudes profesionales, el carácter de los destinos que pudiera o no desempeñar el interesado, una propuesta de cambio de especialidad o el pase a retiro (art. 11.8). La propuesta de cambio de especialidad podrá producirse cuando el afectado no pueda desempeñar destino alguno, pero mantenga condiciones psicofísicas para desarrollar adecuadamente los cometidos y funciones de los destinos de otra (art. 11.9). Por otro lado, existe la obligación de determinar en la resolución el grado de discapacidad o minusvalía (art. 12.3), lo cual se hará, en el caso de la Guardia Civil, conforme a lo establecido en el RD 1971/1999. Si se resuelve el paso a retiro deberá señalarse que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico debe estar estabilizado y ser irreversible o de remota o incierta reversibilidad (art. 12.5). Y, por último, si se resuelve la limitación del interesado para ocupar determinados destinos deberá especificarse aquellos para los que esté limitado, así como el plazo a partir del cual se podrá iniciar la revisión de la misma por agravación o mejoría, siendo la regla general el plazo de un año (art. 12.6). Esta última previsión hay que analizarla a la luz del artículo 15 donde se señala que si la incapacidad que motivó la insuficiencia psicofísica desaparece, la persona interesada podrá ser rehabilitada.

Si fijamos ahora nuestra atención en el grado de discapacidad que le corresponde al VIH/Sida, la regulación que se hace en el caso de la Guardia Civil remite al Real Decreto 1971/1999, en el cual se dedica el apartado 10, del capítulo 6, del Anexo 1A a establecer las normas para la valoración de la discapacidad en casos de infección por VIH, los criterios de valoración en infección por VIH, la clasificación de la infección por VIH, la definición de caso SIDA y las categorías clínicas. Antes de eso, en el Real Decreto se señala en las reglas generales, incluidas en el capítulo 1 del Anexo 1A, que la valoración de la discapacidad no se hace en función de la enfermedad sino en función de la severidad de las consecuencias de la enfermedad, esto es, en el grado de discapacidad que originan, el cual es medido con los efectos sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria (actividades de autocuidado, comunicación, actividad física intrínseca y funcional, función sensorial, funciones manuales, capacidad para utilizar los medios de transporte, función sexual, sueño, actividades sociales y de ocio).

Se establecen cinco grados de discapacidad, siendo 1 el más leve y 5 el más agudo. El grado 1 se define como discapacidad nula pues «los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria». El grado 2 se define como discapacidad leve pues «los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas». El grado 3 se define como discapacidad moderada pues «los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria,

siendo independiente en las actividades de autocuidado». El grado 4 se define como discapacidad grave pues «los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importe o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada algunas de las actividades de autocuidado». El grado 5 se define como discapacidad muy grave pues «los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria». A cada grado le corresponde un porcentaje de discapacidad, de tal manera que a la discapacidad nula le corresponde un 0%; a la discapacidad leve le corresponde entre el 1% y el 24%; a la discapacidad moderada le corresponde entre el 25% y el 49%; a la discapacidad grave le corresponde entre el 50% y el 70%; y a la discapacidad muy grave le corresponde entre el 71% y el 100%.

A la vista de estos grados, cuando el Real Decreto 1971/1999 se ocupa de la infección por VIH señala que la clasificación de la situación clínica se realizará de acuerdo con los criterios de los CDC definidos en 1993 y llega a establecer hasta 5 clases en los criterios de valoración en infección por VIH atendiendo a si preciso o no tratamiento, al grado de discapacidad y al número de veces por año que una persona presenta episodios de enfermedades relacionadas con la inmunodeficiencia que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas o durante más de 30 o 60 días al año.

Por último, es preciso analizar el Real Decreto 179/2005, sobre Prevención de Riesgos Laborales en la Guardia Civil, desde la óptica de los derechos humanos y el VIH/Sida, ya que es de esta norma desde la que se podría deducir la obligación de informar del estado serológico. Aunque todavía no se ha aprobado el plan de prevención de riesgos laborales contemplado en el artículo 4.1, el Real Decreto 179/2005 dispone de los instrumentos esenciales para la gestión de los riesgos laborales. En este sentido, junto a las obligaciones de la Administración (art. 11) señala las obligaciones del personal (art. 12). Entre estas obligaciones destacan dos que podrían ser de aplicación a nuestro caso en concreto, la de «utilizar correctamente los medios y equipos de protección individual o colectiva facilitados, de acuerdo con las instrucciones recibidas, así como los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares donde ésta tenga lugar» y la de «informar de inmediato, por conducto regular, al personal designado para realizar actividades de protección y de prevención, acerca de cualquier situación que, por motivos razonables, pueda suponer un riesgo para la seguridad y la salud».

En general, la prevención de riesgos laborales puede verse desde la óptica de los riesgos que implica la realización de un determinado trabajo para una determinada persona y desde la óptica de los riesgos que una determinada persona genera en terceras personas realizando un determinado trabajo. En ambas ópticas el VIH/Sida es relevante ya que determinadas profesiones están más expuestas a la transmisión del virus (y las fuerzas y cuerpos de seguridad figuran entre ellas), o bien porque cabe la posibilidad de que se produzca la seroconversión del trabajador o bien porque el trabajador sea la fuente de transmisión. Pues bien, ambas ópticas se integrarían en los reconocimientos médicos, los cuales tienen como objetivo «la detección de cualquier enfermedad que, como consecuencia de su prestación de servicios, pueda padecer o

padezca el operario, circunstancia que, además, servirá para poner de manifiesto si las medidas preventivas resultan adecuadas a la hora de eliminar o, al menos, reducir los riesgos para la salud y, a un tiempo, si el empleado disfruta de la capacidad necesaria para afrontar los riesgos propios de su trabajo».

En el ámbito que nos ocupa, la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos está seriamente limitada ya que éstos son obligatorios. Dicha excepción a la regla general se justifica porque prevalece el interés colectivo sobre el individual. «El derecho del trabajador a preservar su intimidad e integridad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que pueden verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades “capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo”». Las excepciones que aquí nos interesan son dos, los reconocimientos con objeto de comprobar si el estado de salud constituye un peligro para la integridad física del trabajador, sus compañeros o terceras personas, y los reconocimientos obligatorios por disposición legal. En el caso de la Guardia Civil, se conjugan ambas excepciones: la obligatoriedad viene determinada por ley y se fundamenta en el peligro que el VIH/Sida puede llegar a ser para la integridad física del trabajador, sus compañeros o terceras personas.

En los reconocimientos médicos, las pruebas realizadas deben ser pertinentes y proporcionales, ciñéndose a aquellas cuestiones que resulten relevantes desde el punto de vista laboral. De igual forma las pruebas realizadas deben ser las menos molestas entre aquellas que tienen un grado parecido de efectividad a la hora de proteger la salud del trabajador. Por otro lado, tal y como ya se ha señalado, los datos de carácter personal relativos a la salud que hayan sido obtenidos en los reconocimientos médicos obligatorios y las valoraciones y recomendaciones que se construyan sobre los mismos, además de ser confidenciales, no pueden utilizarse nunca con fines discriminatorios sino que su uso por parte de la Administración será para determinar si la persona seropositiva al VIH puede o no desarrollar el servicio o destino que tiene asignado, y para, en su caso, introducir nuevas medidas de prevención y protección o mejorar las ya existentes. «De tal forma, y en virtud de ello, la normativa de prevención, en aquellos supuestos en los cuales la empresa sea concedora de que un empleado haya padecido o padezca algún problema de salud relacionado con su trabajo, obliga a evaluar de nuevo los riesgos de ese concreto puesto de trabajo».

III

La legislación vigente muestra que en el caso que nos ocupa, la persona que ha sido diagnosticada con VIH una vez que se ha incorporado a la Guardia Civil (VIH sobrevenido) no puede ser pasada a retiro de manera automática sino que caben otras opciones, como mantener el mismo destino o cambiar de especialidad, que suponen determinar el nivel de CD4 y el grado de discapacidad. A la vista de lo establecido en la legislación vigente en España, los casos de VIH sobrevenidos no pueden significar la expulsión del cuerpo de la Guardia Civil o el pase inmediato a retiro sino que se tendrá que determinar el grado de discapacidad, el tipo de tratamiento y el número de veces

que una persona precisa atención médica hospitalaria. De esta forma, la presencia del VIH en el organismo de una persona no puede ser ni la causa inmediata que justifique el cambio de destino o el pase a retiro ni tampoco puede ser una causa automática de exclusión de las pruebas de acceso pues puede darse el caso de una persona con un grado 1 de discapacidad sea discriminada por razón de su enfermedad o por razón del VIH cuando ni su enfermedad ni el VIH suponen una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria y del destino o puesto de trabajo. Esto significa que sólo cuando la enfermedad se haya desarrollado pueden existir impedimentos psicofísicos que justifiquen el cambio de destino o de especialidad.

Si el virus no condiciona las actitudes psicofísica, entonces cualquier modificación del destino o de la especialidad será considerado un trato diferenciado que será discriminatorio al no poderse utilizar la enfermedad como argumento justificativo. No será, en sentido contrario, discriminatorio el criterio del estado de salud o enfermedad si ese estado de salud supone un riesgo para tercera personas o es incompatible con el puesto de trabajo o conlleva una ineptitud sobrevenida.

«El principal objetivo de la vigilancia de la salud no puede aperecer centrado en la contratación o la continuidad laboral de un trabajador en un impecable y perfecto estado de salud, sin tacha médica alguna, sino procurar una adaptación a sus posibilidades, habida cuenta de que no existe una aptitud concreta y general para el empleo, pues ésta se determinará en función del puesto o tarea asignada. En definitiva, siempre y cuando se encuentre en condiciones de aptitud adecuadas para llevar a cabo las tareas y actividades concretas de su puesto de trabajo, ningún trabajador puede ser discriminado por razón de problemas o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales».

Aunque la enfermedad no está expresamente incluida como criterio en el artículo 14 de la Constitución, tal y como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, fundamentos jurídicos 5 y 6, dicho artículo tiene una cláusula abierta que permite incluir otros criterios de diferenciación odiosos, para la cual se requiere analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE). Pues bien, la enfermedad y la discapacidad pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo, cuando el factor enfermedad o discapacidad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o la discapacidad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma o con discapacidad de quien la tiene, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dichas

circunstancias, enfermedad o discapacidad, con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de su destino, puesto de trabajo o especialidad.

Por lo que se refiere a la obligación de comunicar el estado serológico, cabe señalar que «la información del trabajador al empresario contratante respecto a su estado de salud no resulta obligada, habida cuenta de que tales datos forman parte del ámbito de la intimidad de la persona (...) En el supuesto de que con posterioridad a producirse la contratación se sancione –incluso con el despido– al trabajador por no proporcionar a la empresa tal información, se le estará castigando por el ejercicio de un derecho fundamental, dado que el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador (...) Uno de los ejemplos paradigmáticos en torno a esta cuestión lo constituye el de [sic] las personas portadoras de los anticuerpos del VIH o que padecen la enfermedad del SIDA (la pertinencia de la prueba para su detección queda limitada a supuestos de riesgo de [sic] contagio en el lugar de trabajo, lo que considerando las limitadas vías de transmisión hace que su carácter imprescindible se detecte en pocas ocasiones, especial y particularmente en algunas actividades de naturaleza sanitaria), habiendo venido la doctrina judicial a establecer respecto a la situación de una trabajadora despedida por ser portadora de anticuerpos del VIH y no informar de tal circunstancia a la empresa cuando se establece que “no existe obligación de declarar que se es portador de los anticuerpos del VIH o que se padece SIDA; que ello está protegido por los derechos a la no discriminación y el respeto a la intimidad; que existe el derecho a la confidencialidad de los datos médicos; que existe el derecho a no informar al empresario de la condición de [sic] portador de anticuerpos VIH y también en este ámbito rigen los derechos a la confidencialidad e intimidad; que las personas infectadas con el virus no tienen la obligación legal de informar a nadie”».

En otro orden de cosas, este caso muestra nuevamente lo necesario que es insistir en la idea de que una persona con VIH/Sida sólo es una persona discapacitada, en el sentido médico del término, porque la sociedad se ha creado una imagen errónea, basada en prejuicios, que no tiene en cuenta los avances terapéuticos, y según dicha imagen las personas con VIH no pueden realizar trabajos físicos o son un peligro de transmisión de la enfermedad. «Los mitos acumulados por la sociedad y el miedo hacia la discapacidad y la enfermedad son tan discapacitantes como las limitaciones físicas».

Es importante, pues, insistir en la necesidad de agilizar la adopción del modelo social de discapacidad, lo cual llevaría consigo un concepto amplio de discapacidad ya que «haría referencia a una situación caracterizada por la limitación o imposibilidad de ejercitar adecuadamente una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir adecuadamente la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad; como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos». El modelo social de la discapacidad tiene como uno de sus presupuestos fundamentales que las causas que la originan no son individuales sino que son preponderantemente sociales. Ello es así desde que no son exclusivamente las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas sean tenidas en cuenta dentro de

la organización social. Para el modelo social, las soluciones no deben apuntar sólo individualmente a la persona, sino que más bien deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. Si nos atenemos al modelo social de la discapacidad y al concepto amplio de discapacidad, las personas con VIH/Sida son personas con discapacidad porque la seropositividad crea una serie de barreras que dificultan o impiden, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, su acceso a algún ámbito de la vida social. Las barreras en el caso de las personas con VIH/Sida no son solo físicas o arquitectónicas sino también y sobre todo sociales y actitudinales, las cuales derivan de la ignorancia y el miedo. La discapacidad, la vulnerabilidad y la exclusión que sufren las personas con VIH/Sida se construye partiendo de los obstáculos y las condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a su plena participación.

Una de las consecuencias de esa exclusión de las personas con VIH/Sida es que se agudiza el estigma que sufren, lo cual «puede llegar a favorecer la transmisión del VIH, aumentado con ello el impacto de la pandemia». El estigma y el miedo a ser discriminado conlleva que las personas con VIH/Sida «oculten su estado serológico, retrasen la solicitud de servicios sanitarios y sociales, y con ello puede aumentar el riesgo de transmisión a terceras personas e igualmente puede dificultarse la adherencia al tratamiento».

En el modelo social las personas con VIH/Sida han de tener reconocidos y garantizados los derechos en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, y se entiende que sus problemas principalmente vienen dados por el entorno social, político y jurídico. La existencia, el ejercicio y la garantía de los derechos no pueden limitarse atendiendo a ciertas características personales, como puede ser el color de la piel o la seropositividad, de quien pretenda ejercerlos. El modelo social aspira a que el tratamiento que se da a las personas con VIH/Sida, al igual que el tratamiento que se da a las personas con discapacidad, «se base en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades». La persona con VIH/Sida está condicionada por «un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social». Esto requiere que se realicen «todas las modificaciones y adaptaciones necesarias» para que alcancen la participación plena en todas las áreas de la vida comunitaria. El modelo social debe lograr la normalización de las personas con VIH/Sida, lo cual significa que éstas deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. La normalización significa, pues, que a las personas con VIH/Sida «se les deben ofrecer formas de vida y condiciones de existencia tan parecidas como sea posible a las circunstancias habituales de la sociedad a la cual ellas pertenecen, y que, al mismo tiempo, estén en condiciones de aprovecharlas en la mayor medida posible para su desarrollo y máximo nivel de autonomía».

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

Fecha¹: 5 de abril de 2017 – 25 de abril de 2017

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

-. La consulta ha sido planteada por una persona con el VIH quien manifiesta su intención de presentarse a las oposiciones a la Policía Nacional. Se pregunta qué posibilidades de acceso tiene una persona seropositiva con carga viral indetectable y buen estado clínico.

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...)²

-. Constitución Española de 1978: artículo 14 (sobre el derecho a la igualdad ante la ley); artículo 23.2 (sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos); artículo 103.3 (sobre el estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad).

-. Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional: artículo 7.1 (sobre los derechos de los Policías Nacionales); artículo 20.1 (sobre las especialidades dentro de la Policía Nacional); artículo 25.1 (sobre los principios rectores que rigen el acceso a la Policía Nacional); artículo 26.1 (sobre los requisitos para participar en el proceso selectivo); artículo 80 (sobre la evaluación y control de las condiciones psicofísicas); artículo 96 (sobre la participación en materia de riesgos laborales).

¹ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

² Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

-. Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la jurisdicción contencioso – administrativa: artículo 45 (sobre la interposición del recurso contencioso-administrativo); artículo 46.1 (sobre el plazo de interposición del recurso); artículo 139 (sobre las costas procesales).

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

-. Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: artículo 3 (sobre el derecho de protección frente a los riesgos laborales); artículo 5 (sobre la prevención y evaluación de los riesgos); artículo 6 (sobre las medidas necesarias que garanticen la seguridad y salud de los funcionarios); artículo 10 (sobre el deber de vigilancia de la salud); artículo 12 (sobre las obligaciones de los funcionarios en materia de riesgos laborales).

-. Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía, modificado por el Real Decreto 440/2007, de 3 de abril: artículo 6 (sobre el procedimiento de ingreso al Cuerpo Nacional de Policía); artículo 7 (sobre los requisitos de los aspirantes).

-. Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado: artículo 4 (sobre los sistemas selectivos); artículo 44 (sobre los méritos).

-. Orden de 11 de enero de 1988, por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía: Anexo, artículo 4.3.7 (sobre las enfermedades transmisibles en actividad).

-. Resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía: artículo 2 (sobre los requisitos de los aspirantes); artículo 2.1.1.d) (sobre la obligación de no hallarse

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

incluido en las causas de exclusión física o psíquica); artículo 2.2 (sobre la comprobación de requisitos durante el proceso); artículo 6.1.3 (sobre la tercera prueba de la oposición que constará de un reconocimiento médico); artículo 6.4 (sobre la obligación de someterse a análisis); artículo 8.4 (sobre las exclusiones durante el curso de formación o el módulo de formación práctica); artículo (sobre la posibilidad de interponer recursos contra las resoluciones); ANEXO III, artículo 4.3.7 (sobre las exclusiones definitivas para ingresadas en el Cuerpo Nacional de Policía).

-. Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía: artículo 2 (sobre los requisitos de los aspirantes); artículo 2.1.1.d) (sobre la obligación de no hallarse incluido en las causas de exclusión física o psíquica); artículo 2.2 (sobre la comprobación de requisitos durante el proceso); artículo 6.1.3 (sobre la tercera prueba de la oposición que constará de un reconocimiento médico); artículo 6.4 (sobre la obligación de someterse a análisis); artículo 8.4 (sobre las exclusiones durante el curso de formación o el módulo de formación práctica); artículo (sobre la posibilidad de interponer recursos contra las resoluciones); ANEXO III, artículo 4.3.7 (sobre las exclusiones definitivas para ingresadas en el Cuerpo Nacional de Policía).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³

-. La Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2008, del 26 de mayo del 2008, FJ 5 señala el motivo de salud como uno de los criterios incluidos en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE:

«A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador (...). Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (...) Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un

³ 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

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues (...) en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE) (...) Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

-. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). RJCA 2004/707. Sentencia de 26 de mayo 2004: Aborda un supuesto análogo al que estamos tratando, se trata de un opositor que vive con el VIH el cual se presenta a las pruebas de selección del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. El recurrente impugna ante la Audiencia Nacional la resolución en la que se hace público el listado de admitidos. El tribunal estima parcialmente su recurso anulando el listado y advirtiendo a la Administración que debe dictar un auto nuevo en el que motive debidamente la actuación.

-. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia del 3 de Julio del 2013: Esta sentencia resuelve la impugnación contra la Resolución del Director General de Gestión de Recurso de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, de fecha de 16 de febrero de 2010, donde se comenta que existen supuestos en los que existe contacto entre los funcionarios y los presos, y por lo tanto, hay posibilidad de transmitir la enfermedad.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

-. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a). RJ 2009/7194. Sentencia de 29 de julio de 2009: Esta sentencia declara no haber lugar a recurso de casación respecto de la sentencia anterior (2004/707 de 26 de mayo de 2204) dictada por la Audiencia Nacional, ya que no se ha probado que el estado de salud del recurrente es compatible con el desempeño de las funciones del puesto, lo que sí quedó probado es que el VIH por lo general sí podría ser compatible con dichas funciones. Además debemos señalar en esta sentencia el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don José Díaz Delgado que indica que el recurso debió interponerse frente a las bases de la orden ministerial que convoca las oposiciones y no impugnar la resolución en la que aparecen el listado de admitidos.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁴

-.
-.

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

-. Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Trasmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC), adoptadas en 1998 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en el siguiente enlace: www.mssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/publicaciones/profSanitarios/recomendaciones.htm.

-. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (2011) en el documento titulado “El VIH/SIDA como cuestión de derechos humanos”, Accesible online: <http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD12787.pdf>

-. CESIDA, GTT-VIH, ‘VIH, discriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH’ (2015): Accesible online en: www.cesida.org/wp-content/uploads/2015/12/Guia_ESTIGMA_nov2015.pdf

-. OIT y OMS, *Reunión consultiva sobre el Sida y Lugar de trabajo*, Ginebra, 1988. Accesible online en: http://whqlibdoc.who.int/hq/1988/WHO_GPA_INF_88.7_Rev.1_spa.pdf.

⁴ Se explicará su utilidad para la respuesta.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

- . OIT, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Ginebra, 2001. Accesible online en: http://www.cinu.org.mx/temas/vih_sida/onusidacampana2002/hiva4s.pdf.
- .OIT, *Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010 (núm. 200)*, Ginebra, 2010. Accesible online en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_194091.pdf.
- . Federación Trabajando en Positivo, *¿Existen profesiones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con VIH?*, Campaña de sensibilización: Construyendo empleo eliminando obstáculos, 2016. Accesible online en: http://www.trabajandoenpositivo.org/eliminando_construyendo/documentos/informe_limitacion_profesionales.pdf

Respuesta fundamentada⁵

Estimado usuario,

Antes de empezar, nos gustaría agradecerle por acudir a la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas. Ciertamente, la consulta que nos ha planteado aborda un tema que tratamos con mucha frecuencia en la Clínica. De hecho, durante el pasado año y lo que llevamos de éste, recibimos varias consultas de personas con el VIH que, como usted, tienen la intención de prepararse o están en fase de preparación de los exámenes de la oposición a alguno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La mayor parte de estas consultas son planteadas por aspirantes cuya intención es formar parte del Cuerpo de la Guardia Civil, el Cuerpo de Policía Municipal, el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, alguno de los Cuerpos que componen las Fuerzas Armadas o, como es su caso, al Cuerpo Nacional de Policía.

Al igual que usted, estas personas no saben de qué forma proceder y desean saber si existe alguna alternativa pese a la exclusión médica establecida hacia las personas con el VIH en las bases de la convocatoria de un determinado proceso selectivo de empleo público. A todas ellas hemos contestado ofreciéndoles la información que le daremos a usted a continuación. Esperamos que ésta le sea de utilidad y que pueda ayudarle en la decisión de continuar o no con su preparación.

Antes de todo, queremos que sepa que durante la redacción de esta respuesta aún no se

⁵ 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.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

había convocado el nuevo proceso selectivo para cubrir las plazas ofertadas para el Cuerpo Nacional de Policía en 2017, sin embargo, el día 24 de abril de 2017 se hizo pública la convocatoria para el acceso en la Escala Básica. Esta convocatoria es la que se contiene en la Resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía. A partir del día 25 de abril de 2017 dispone de plazo para presentar su inscripción en el proceso hasta el día 18 de mayo de 2017, tal y como puede comprobar en la página oficial de la Dirección General de la Policía en el siguiente link: https://www.policia.es/oposiciones/e_basica.html.

Es necesario aclararle que tanto esta convocatoria como la de ingreso en la Escala Ejecutiva tienen el mismo contenido en todos los aspectos a los que haremos referencia en esta respuesta. Si su intención fuera ingresar por la Escala Ejecutiva, la convocatoria que le interesaría es, de momento, la del año 2016 a la espera de que se publique la convocatoria de 2017, algo que ocurrirá en breves. Mientras tanto, puede estudiar el contenido de la anterior que se contiene en la Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía.

Empezaremos, pues, por señalar que son muchas las convocatorias de acceso a empleos públicos que establecen la realización de un reconocimiento médico a lo largo de las fases del proceso selectivo. Con estas pruebas lo que se busca es que los aspirantes cumplan con una serie de requisitos médicos, referentes a enfermedades o discapacidades, que no les impidan el desempeño de las funciones del puesto al que aspiran. Asimismo, es usual que en las convocatorias de empleo público en cualquier nivel se incluya un cuadro de exclusiones médicas pues se entiende que quien las tenga no podrá desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo.

También es usual que el VIH, expresa o implícitamente, esté incluido entre esas causas de exclusión que se contienen en los cuadros de exclusiones médicas. De ahí que las personas con el VIH, independientemente de que sean sintomáticas o asintomáticas, sean excluidas de muchas ofertas públicas de empleo, en especial de aquellas que están relacionadas con el ingreso en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Desafortunadamente, la convocatoria actual al Cuerpo Nacional de Policía (tal y como ha venido ocurriendo con las anteriores convocatorias), que es la que a usted le interesaría, forma parte de esta lista.

El gran problema de esto es que los cuadros de exclusiones médicas vigentes que a

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

usted le excluirían de este proceso selectivo por el que pretende optar datan, nada más y nada menos, de hace 30 años atrás. Por ejemplo, en el caso del Cuerpo Nacional de Policía, concretamente, del año 1988. En estos cuadros el VIH se contempla como parte de estas exclusiones cuando se hace la referencia genérica a “(...) *Enfermedades transmisibles en actividad, enfermedades de transmisión sexual, enfermedades inmunológicas sistémicas, (...) y cualquier otro proceso patológico que, a juicio del Tribunal Médico limite o incapacite para el ejercicio de la función policial*” (art. 4.3.7, Anexo III, Resolución de 18 de abril de 2017).

En este caso, por este motivo, si una persona con el VIH se presenta a estas pruebas selectivas y se somete al reconocimiento médico establecido, será excluida porque según esos criterios no podrá desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo.

En lo que respecta a su pregunta concreta, es necesario señalar al respecto que la prueba del VIH no se realiza necesariamente, sin embargo, en las propias bases de la convocatoria se establece que en la fase de reconocimiento médico (que constituye la tercera prueba de la fase de oposición) se podrán realizar cuantas pruebas clínicas, analíticas y complementarias o de otra clase que se consideren necesarias para comprobar que el opositor no está incurso en el cuadro médico de exclusiones a que se refiere la Orden de 11 de enero de 1988 y que figura en el Anexo III. Ahora bien, dentro de los exámenes comunes sí se incluyen analíticas de sangre cuyos resultados muy probablemente sugieran o den lugar a la sospecha de que se tiene la infección debido a las alteraciones de los niveles normales de ciertos parámetros en el organismo (art. 6.1.3.a) Resolución de 18 de abril de 2017).

A ello debemos añadir que usted está obligado a someterse a los exámenes que se estimen oportunos una vez que presenta la solicitud de participación en la convocatoria pues la realización del reconocimiento médico implica el consentimiento de los aspirantes para que los resultados de este reconocimiento sean puestos a disposición del Tribunal Calificador a los fines expresados y sirvan de fundamento para la evaluación y calificación de esta parte de la fase de oposición (art. 6.1.3.a) Resolución de 18 de abril de 2017). En todo caso, en la convocatoria se dispone que la participación en el proceso lleva implícita la autorización expresa para la realización de estos análisis. Ahora bien, esta autorización aunque implícita, no sustituye la información médica que debe recibir una persona antes del sometimiento a cualquier examen o prueba médica, es decir, a pesar de que se entienda que usted da su autorización para someterse a ellos por el hecho de participar del proceso selectivo, una vez que llegue a la fase de reconocimiento médico, el profesional sanitario informará de las pruebas y exámenes que es necesario practicar precisamente en cumplimiento de la obtención del consentimiento informado del opositor. Así pues, finalmente, siempre

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

será decisión del solicitante el sometimiento a estas pruebas.

No obstante, debe saber que en las bases de la convocatoria se precisa que si el interesado se negara a someterse a la realización de dichos análisis, el Tribunal durante la fase de oposición, o la División de Formación y Perfeccionamiento durante las del curso de formación profesional y periodo de prácticas, previa audiencia del interesado, acordarán su exclusión del proceso (art. 6.4 Resolución 18 de abril de 2017). En consultas anteriores usuarios en su misma situación nos han preguntado si es mejor no decir nada con respecto a la seropositividad pues cabe la posibilidad de que, tras el reconocimiento médico, el Tribunal no advierta la presencia del virus. Desde esta parte no podemos negar que esta situación puede darse, sin embargo, no podemos aconsejar que se mienta si es preguntado por ello en esta fase del proceso o incluso cuando ya se está dentro del Cuerpo, ya que se arriesga mucho más.

De hecho, en la propia convocatoria se establece que si en algún momento del procedimiento se tuviere conocimiento de que cualquiera de los aspirantes no posee alguno de los requisitos exigidos por la presente convocatoria, el Tribunal, desde la publicación de la lista definitiva de admitidos hasta la conclusión de la fase de oposición, o la División de Formación y Perfeccionamiento, durante el resto del proceso selectivo, previa audiencia del interesado, acordarán su exclusión, comunicando a este Centro directivo, en su caso, las inexactitudes o falsedades que hubiera podido cometer (art. 2.2 Resolución de 18 de abril de 2017).

Ciertamente, tales medidas no harían falta si la categorización del VIH como exclusión automática fuese actualizada de acuerdo a los datos médicos actuales. Desde la Clínica Legal consideramos que, actualmente, en 2017, esta exclusión hacia los aspirantes con el VIH no tiene una justificación legal. En primer lugar, porque existen medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT); en segundo lugar, porque los tratamientos antirretrovirales han mejorado enormemente, y, en tercer lugar, porque es posible que una persona mantenga una carga viral baja o indetectable, lo cual evidencia que el tratamiento es la mejor prevención de la transmisión. En los años 80 y 90 esta exclusión podía justificarse porque la infección por el VIH aún era mortal y no existían los tratamientos antirretrovirales de gran actividad, como los que hay ahora, que consiguieran frenar de forma rotunda la enfermedad y su transmisibilidad. Pero, a día de hoy, el VIH se ha convertido en una enfermedad crónica cuya prevención y tratamiento tiene unas pautas muy determinadas y claras.

Por estos motivos creemos que esta exclusión injustificada vulnera no solo el principio de prohibición de la discriminación que garantiza el artículo 14 de nuestra Constitución sino también su derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 y 103.3 CE). Desde la Clínica Legal defendemos esta premisa con base en la

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

siguiente argumentación, la cual también podrá utilizar si decide impugnar la convocatoria, como le explicaremos más adelante.

En primer lugar, nuestra Constitución no permite que se limiten nuestros derechos salvo que exista una causa que lo justifique. En este caso, la justificación para limitar el derecho a acceder a la función pública en el caso de las personas con el VIH estaría fundamentada en el hecho de que tener una *'enfermedad transmisible en actividad'* supone no solo una merma en el correcto desempeño como Policía Nacional sino también un peligro para la salud pública y para la salud de terceras personas (los compañeros de trabajo y otras personas con las que pueda tener relación laboral).

Es por eso que se establece una limitación del derecho de acceso a aquellas personas que tengan una determinada enfermedad (en este caso el VIH) o discapacidad en la legislación específica de acceso al Cuerpo Nacional de Policía como de acceso a otros Cuerpos de Seguridad del Estado como el de la Guardia Civil, Policía Municipal o Fuerzas Armadas. Esta exclusión de la norma se justifica, pues, en que tener el VIH limita el ejercicio de las funciones esenciales del puesto de trabajo por esa hipotética puesta en peligro de la salud pública y de la de terceras personas porque se considera al VIH dentro del grupo de *'enfermedades de transmisión sexual, enfermedades inmunológicas sistémicas, y cualquier otro proceso patológico que, a juicio del Tribunal Médico limite o incapacite para el ejercicio de la función policial'* (art. 4.3.7, Orden 1988). Se establece, pues, una exclusión genérica que no es admisible.

Como puede ver, esta argumentación no está justificada porque ni usted ni ninguna persona en su misma situación supone un peligro para la salud pública ni para la salud de terceras personas en el desempeño de la profesión de Policía Nacional. Por lo tanto, con esta exclusión se le está discriminando por razón de su enfermedad, algo que nuestra Constitución prohíbe (art. 14 CE). Además, la limitación de su derecho de acceso a la función pública tampoco estaría justificada cuando es posible encontrar una medida menos dañina que, salvaguardando la finalidad de proteger la salud pública y la salud terceras personas, le permita acceder a la función pública si aprueba las oposiciones del Cuerpo Nacional de Policía.

En segundo lugar, el hecho de adoptar las medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT) que protegen tanto la salud pública como la salud de terceras personas como su propia salud constituye una alternativa menos restrictiva de sus derechos que le permitiría acceder al mencionado Cuerpo. Esto es así porque tanto los miembros de la Policía Nacional como del resto de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen derecho a proteger su salud y para ello utilizan una serie de medidas de seguridad que son bidireccionales, es decir, que no sólo evitan que se les transmita el VIH a ellos sino que también evitan que ellos transmitan el VIH a terceras personas.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

En el caso del Cuerpo Nacional de Policía estas medidas y el procedimiento para su inspección y control así como la vigilancia de la salud de los trabajadores están recogidas principalmente en los artículos 3, 5, 6, 10 y 12 del Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y en los artículos 14, 15, 16, 17 y 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

Estas medidas son tomadas por todos los cuerpos de funcionarios que estén o puedan estar en contacto directo con sangre o con cualquier tipo de fluido orgánico. Concretamente, este conjunto de medidas de prevención de la transmisión van desde las normas de higiene personal (por ejemplo, el lavado de manos) hasta la utilización de guantes, trajes especiales, etc. Estas y otras MUPT se describen en el documento ‘Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Transmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC), adoptadas en 1998 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad’, que podrá consultar en el apartado ‘otras fuentes documentales’ de esta ficha. Asimismo, la Administración adopta las medidas necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados para las tareas a desempeñar y garanticen la seguridad y salud de los funcionarios según dispone el Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Si a estas medidas añadimos la buena adherencia al tratamiento farmacológico por su parte y el control periódico al que usted estaría sometido para determinar la carga viral, creemos que cualquier persona con el VIH deja de ser un riesgo para la salud pública y para la salud de terceras personas y puede desempeñar las funciones de su puesto de trabajo sin inconvenientes. Más aún cuando, objetivamente, usted cumple con todos los requisitos que deben reunir los candidatos, según lo dispuesto en el artículo 2.1.1 de la Resolución de 18 de abril de 2017: a) Tener la nacionalidad española; b) Tener cumplidos 18 años de edad y no exceder de la edad máxima de jubilación; c) No haber sido condenado por delito doloso, ni separado del servicio del Estado, de la Administración autonómica, local o institucional, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas; d) No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional que vienen establecidas en el anexo III de esta convocatoria; e) Compromiso de portar armas y, en su caso, llegar a utilizarlas, que se prestará a través de declaración del solicitante; f) Tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 las mujeres; g) Estar en posesión del permiso de conducción de la clase B; h) Estar en

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

posesión del título de Bachiller o equivalente.

Con la argumentación que le estamos ofreciendo, puede observar que la circunstancia comprendida en la letra d) del artículo 2.1.1, quedaría solventada una vez que se compruebe que tener el VIH no es una situación que le impida o menoscabe la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional.

Otra cuestión que también es importante tener en cuenta es que no todas las labores y funciones del Cuerpo Nacional de Policía son iguales pues hay muchas otras que podrían ajustarse a su situación médica (suponiendo que su salud fluctúe en algún momento) y que usted podría desempeñar, si así se determinara. Esto es así porque el VIH no es absolutamente relevante en esas labores y porque la propia normativa establece la adopción de medidas que permitan el desarrollo de la profesión en condiciones de igualdad, eliminando toda discriminación o desventaja, en los procedimientos de evaluación para determinar si existe insuficiencia en las condiciones psicofísicas o en las capacidades. La Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional establece, además, que son derechos de los Policías Nacionales el desempeño de funciones adecuadas a sus condiciones psicofísicas en las condiciones previstas en esta Ley Orgánica (art. 7.1.m), y a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 7.1.c).

Es importante este extremo sobre todo teniendo en cuenta que hay miembros en el Cuerpo Nacional de Policía que desarrollan la enfermedad una vez que ya se han incorporado al Cuerpo y no son automáticamente dados de baja.

Dicho esto, y una vez conocida nuestra postura con respecto a la situación que usted nos plantea, si decide continuar con el procedimiento y presentarse a los exámenes de esta oposición en la recién publicada convocatoria de 2017, usted tiene dos alternativas: bien impugnar las bases de la convocatoria una vez que sean éstas publicadas, o bien, impugnar la resolución administrativa que le excluya del proceso selectivo.

- 1) Usted tendrá la posibilidad de oponerse a las bases de la convocatoria y, concretamente, contra el cuadro de exclusiones. Esto es, una vez que sea publicada la convocatoria, usted deberá interponer un recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que ha dictado la resolución. En este caso, tendrá que hacerlo ante la Dirección General de Policía.

Este recurso deberá interponerlo en el plazo de un mes desde el día siguiente al

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

de la publicación del mismo en el Boletín Oficial del Estado, es decir, **desde el día 25 de abril de 2017** (artículo 114 y 123 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Transcurrido un mes desde la interposición del recurso sin que se dicte y notifique su resolución se entenderá desestimado por silencio administrativo, pudiendo en este caso interponer contra la desestimación presunta recurso contencioso administrativo dentro del plazo de seis meses.

También existe la posibilidad de interposición de un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de la publicación de las bases de la convocatoria. Tanto para la primera opción como para ésta, el recurso contencioso-administrativo se interpondrá ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (artículos 8.1, 10.1.i) 14.1.2ª y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En estos recursos impugnaríamos las bases de la convocatoria por incluir una serie de requisitos médicos generales que excluyen a todo un colectivo, sin tener en cuenta la situación individual de la enfermedad en cada persona. Es decir, se realiza una exclusión genérica que es discriminatoria pues no tiene en cuenta la diversidad de situaciones entre las personas que viven con el VIH, algunas no incompatibles con el ejercicio de las funciones esenciales de este Cuerpo, como puede ser su caso. Esta opción supone enfrentarse de forma genérica a la Administración pues se están impugnando unas bases que se consideran que son ilegales por discriminatorias. Con ello lo que se pretende conseguir es que el cuadro de exclusiones médicas se anule.

Es importante que tenga en cuenta que para la interposición del recurso contencioso-administrativo necesitará de los servicios de un abogado y un procurador. Le aclaramos que el servicio que presta la Clínica Legal es de asesoramiento jurídico pero en ningún caso de representación legal ante los tribunales. Por tanto, estos servicios deberá contratarlos usted o solicitar la asistencia jurídica gratuita, si procede. Ahora bien, para presentar el recurso de reposición no hace falta tener abogado ni procurador pues podrá presentarlo usted personalmente. En este último caso, desde la Clínica Legal podemos ayudarle en la formulación de este recurso.

- 2) La segunda opción es impugnar la decisión administrativa que le excluiría del proceso selectivo. Es decir, que una vez que se publique la lista de admitidos y excluidos terminada la fase de oposición, tendría la posibilidad de oponerse a la

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

decisión administrativa que se dictará una vez que se conozca que tiene el VIH. Como en el supuesto anterior, una vez que se publique la resolución mediante Decreto, usted podrá interponer un recurso potestativo de reposición, ante el mismo órgano que ha dictado esa resolución, en el plazo de un mes desde el día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículo 114 y 123 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Transcurrido un mes desde la interposición del recurso sin que se dicte y notifique su resolución, se entenderá desestimado por silencio administrativo, pudiendo en este caso interponer contra la desestimación presunta recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de seis meses. Y, asimismo, también tendrá la opción de interponer directamente un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de la publicación de la resolución. En ambos casos, el recurso contencioso-administrativo se interpondrá ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (artículos 8.1, 10.1.i) 14.1.2ª y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En estos recursos deberá argumentar que se están vulnerando sus derechos constitucionales porque su exclusión se ha basado exclusivamente en su estado serológico, supuesto que contraviene la prohibición de discriminación por razón de salud según el artículo 14 de nuestra Constitución así como su derecho de acceso a la función pública cuyos principios rectores de acceso son los de mérito y capacidad. Asimismo, se debe reiterar el hecho de que incluir el VIH entre los criterios de exclusión supone un acto de discriminación no justificado en tanto que no entra a valorar de manera individualizada el VIH de cada aspirante en concreto y obviando que existen una variedad muy amplia de situaciones que no tienen por qué dificultar su buen desempeño como Policía Nacional.

Para emprender estas acciones dispone hasta el día 18 de mayo, como antes le señalábamos, si su intención es presentarse a la Escala Básica. Si desea presentarse a la Escala Ejecutiva aún falta que se publique la convocatoria y que usted formalice su participación en la misma, téngalo en cuenta. Asimismo, es muy importante que sepa que con la opción nº2 usted corre el riesgo de que su recurso se considere inadmisibles por no haber impugnado previamente las bases de la convocatoria. Por tal motivo, le recomendamos que lleve a cabo la primera de las opciones mencionadas, sin perjuicio de que pueda ejercer la

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ficha de Trabajo de las Consultas

segunda de las opciones cuando llegue el momento.

Esto es así ya que, y debido a la experiencia que tenemos en este tipo de casos, la Administración es reacia a entrar a valorar la licitud o ilicitud de unas bases si éstas no se han impugnado previamente (en el momento de su publicación), ya que por lo general presume que si usted ha presentado la solicitud a un proceso selectivo sin impugnar las bases, está tácitamente aceptando las mismas.

Queremos que sepa que desde la Clínica Legal rechazamos el hecho de que una norma que no ha tenido en cuenta los grandes avances que ha habido en el tratamiento y en la prevención de la transmisión del VIH continúe limitando el acceso a los empleos públicos a las personas seropositivas. Entendemos que si usted tiene una carga viral estable no debería afectar en ningún momento a la capacidad funcional, ni al desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo que deberá desempeñar una vez superada la oposición.

Esta conclusión coincide plenamente con lo declarado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (2011) en el documento titulado “El VIH/SIDA como cuestión de derechos humanos”, a través del que defiende que “una persona que vive con el VIH puede optar por una plaza en una oposición en la administración pública y si obtiene plaza, el hecho de ser persona portadora del VIH no implica que no pueda acceder a la misma. En caso de que se produjera un rechazo por esa circunstancia, estaríamos ante un acto de discriminación que vulnera sus derechos por lo que tendría la posibilidad de denunciar el hecho ante las autoridades administrativas y judiciales correspondientes”.

Por estos motivos consideramos que usted debería utilizar las opciones legales para defenderse de una actuación claramente subjetiva y desproporcionada que no atiende a la falta de aptitud para desempeñar el puesto de trabajo al que aspira y que vulnera el derecho a acceder a un empleo público en condiciones de igualdad. No obstante, es nuestro deber informarle que los resultados nunca han sido positivos ya que ni el Ministerio del Interior ni los Tribunales son proclives a aceptar nuestra argumentación, pero ello no ha supuesto una merma en la lucha que muchas organizaciones y nosotros mismos, desde la Clínica Legal, realizamos en favor del reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas con el VIH en el acceso a los empleos públicos.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad. Si tuviera cualquier otra duda, sobre todo si decide seguir con el procedimiento y necesita de nuestro

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO**Ficha de Trabajo de las Consultas**

asesoramiento jurídico, le invitamos a ponerse en contacto con nosotros nuevamente.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá