

Proyecto de Clínica Legal de CESIDA



Coordinadora estatal
de VIH y sida

VIH Y PRIVACIDAD

Miguel A. Ramiro Avilés

Profesor Titular de Filosofía del Derecho, UAH
Coordinador Clínica Legal, UAH

Paulina Ramírez Carvajal

Estudiante de Programa de Doctorado, Uc3m
Becaria Clínica Legal, UAH

RESUMEN

El derecho a la intimidad personal protege los datos de carácter personal relativos al estado de salud de las personas con VIH frente a las intromisiones ilegítimas en forma de cuestionarios de salud, reconocimientos médicos que incluyen las pruebas de detección del virus o declaraciones obligatorias sobre el estado de salud. Sólo en casos excepcionales, con la debida autorización legal y sólo si las pruebas de detección son pertinentes y proporcionales, las personas con VIH deben declarar sobre su estado de salud o someterse a una prueba de detección del virus.

ABSTRACT

The right to privacy protects personal data concerning the health status of people with HIV against unlawful interference like health questionnaires, medical examinations including HIV tests or mandatory declarations about the health condition. Only in exceptional cases, with proper legal authorization and only if the tests are relevant and proportionate, people with HIV must disclose their health status or be tested for the virus.

PALABRAS CLAVES

Derecho a la intimidad personal, VIH, Sida, deber de declaración.

KEY WORDS

Right to privacy, HIV, Aids, duty to warn.

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 tratar uno de los asuntos clásicos en el ámbito de los derechos de las personas con el virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH): **si existe o no la obligación de que las personas con el VIH declaren su estado serológico** a terceras personas con las que mantiene algún tipo de relación, ya sea afectiva, contractual o laboral. En ese grupo de ‘terceras personas’ incluimos no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, como podría ser una compañía de seguros, y a los distintos organismos que componen la Administración pública. Se trata de averiguar, por lo tanto, qué extensión puede tener el derecho a la intimidad personal, en relación a los datos de salud, de las personas con el VIH; qué límites se pueden establecer al mismo, las razones que justificarían que una persona con el VIH estuviese obligada a someterse a pruebas de detección del virus; qué poder de disposición tiene una persona con el VIH sobre su derecho a la intimidad. 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 de 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. No son pocas las consultas que personas con el VIH hacen sobre este problema, desde muy distintos enfoques. Como se verá más adelante, se abordará si existe la obligación de revelar a la pareja sexual, ya sea estable o esporádica, el estado serológico respecto al VIH; la obligación de declarar dicho estado serológico cuando se va a contratar un seguro privado o cuando se hace la matrícula de inscripción en estudios relacionados con las ciencias de la salud; la obligación de hacer las revisiones médicas periódicas en el ámbito laboral cuando se incluyen pruebas de detección del VIH; la obligación de comunicar al empleador que se ha producido una seroconversión respecto al VIH o de informar a los directores de los colegios a los que van a acudir los niños y niñas con el VIH. De igual forma se va a abordar una cuestión que preocupa mucho a las personas que prestan algún tipo de servicio profesional a personas con VIH: su obligación de comunicar el estado serológico respecto del VIH de su cliente/paciente a terceras personas que pueden verse afectadas.

El listado anterior muestra 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 intimidad personal sino también el ejercicio de otros derechos** tan importantes como 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). Es, pues, fundamental, hacer una evaluación del impacto que determinadas políticas públicas o decisiones tienen en la intimidad y privacidad de las personas con el VIH o el Sida (Gostin y Lazzarini 1997: 58-67).

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 se enfoca la cuestión de la obligación de declarar sobre el estado serológico respecto del VIH desde el modelo social de la discapacidad. En la segunda parte abordaremos el significado del derecho a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española (en adelante CE), y cómo se ha interpretado por la jurisprudencia constitucional. Junto a la referencia constitucional incluiremos referencias normativas de los sistemas universal y europeo de protección de los derechos, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). En la tercera parte se explicarán en qué consisten las MUPT, los diferentes grados de riesgo de transmisión y la estrategia de la prevención a través del tratamiento. Esta tercera parte es capital para entender que, como regla general, es posible no obligar a una persona con el VIH a declarar sobre su estado serológico pues 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 intimidad personal. Esto es, utilizando un ejemplo que posteriormente desarrollaremos, una persona con el VIH que opta a un puesto de trabajo en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios, no tiene la obligación de declarar su estado serológico si entre las actividades que va a desempeñar no se incluye la realización de procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea que puedan afectar a la salud de terceras personas. La cuarta parte la dedicaremos a hacer una recopilación de algunos casos que han llegado a la CLFD en que se discute el derecho a la intimidad personal de las personas con el VIH y la existencia de la obligación de declarar sobre su estado serológico. Será en esta parte donde 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 que se pongan en contacto con la Clínica para que analicemos el caso y podamos ofrecerles una respuesta específica para su caso.

2. EL VIH EN LA CLFD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL DESDE EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

2.1. ¿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 alumnos, que son tutorizados por profesores universitarios y abogados 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 abogados estén mejor preparados y que desempeñen su práctica profesional teniendo en cuenta la justicia social. Los profesores universitarios que participan en la clínica enseñan a los estudiantes a cómo ser *buenos* abogados 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, 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 ciudadanos. 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) abogados defensores de 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 abogados deben entender y hacer entender a un 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 abogado 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 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.

2.2. El VIH desde el modelo social de la discapacidad

Este informe analiza la obligación de declarar el estado serológico respecto del VIH desde el modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos. 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.

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 declarar obligatoriamente su estado de salud a aquellas personas con las que se relacionen ya que sus derechos a la intimidad personal y a la confidencialidad de sus datos sanitarios deben 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» (Courtis 2004: 7) obstaculizando la participación de aquellos 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 alii* 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 encuentra 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 VIH debe declarar su estado serológico porque se considera que su estado de salud es un peligro significativo para la salud de sus compañeros 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 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 le trata de forma diferente sin existir una causa que lo justifique. En el caso de las personas con 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 intimidad o su derecho a la confidencialidad de los datos de carácter sanitario. 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, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL EN RELACIÓN A LOS DATOS DE SALUD

Se trata de un derecho cuya fundamentación y conceptualización no está exenta de polémica puesto que se ha disputado tanto doctrinal como jurisprudencialmente. No obstante estas disputas, la importancia que tiene la privacidad en los estudios socio-jurídicos sobre el VIH es clave pues si no se garantiza mínimamente que los datos de salud van a estar protegidos, no ya una persona con VIH sino cualquier persona con cualquier enfermedad puede no estar dispuesta a confiar y buscar consejo médico (Gostin 2004: 43).

Brevemente y sin ánimo de exhaustividad, una de las disputas doctrinales ha sido el abandono de una visión exclusivamente individual para incorporar una óptica social. Como señala Pérez Luño, «las cuestiones sobre las que gravita la disciplina jurídica de la intimidad han perdido su exclusivo carácter individual y privado, para asumir progresivamente una significación pública y colectiva» (Pérez Luño 2003: 324). En una sociedad avanzada «resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (*status* negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera

privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (*status* positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto» (Pérez Luño 2003: 330). Fue Alan Weston quien inauguró esa línea doctrinal cuando definió la privacidad como «la pretensión de los individuos, grupos o instituciones de determinar ellos mismos cuándo, cómo y hasta dónde se comunica a los demás la información sobre ellos (...) El derecho de un individuo a decidir qué información sobre él mismo debería comunicarse a los demás y bajo qué circunstancias. Contemplado en términos de la relación del individuo con la participación social, la privacidad es el retiro, voluntario y temporal de una persona de la sociedad general realizado por medios físicos o psicológicos, ya en un estado de soledad o de intimidad en un grupo pequeño o, cuando se está en un grupo extenso, en una condición de anonimato o reserva» (Weston 1970: 7-8). En el mismo sentido se ha manifestado Charles Friend cuando afirma que la privacidad no es simplemente la ausencia de información sobre nosotros sino más bien el control que tenemos sobre la información que existe sobre nosotros (Fried 1968: 482-483). Debemos, pues, conjugar un visión negativa de la intimidad, que va a ser útil cuando se trata de proteger a los ciudadanos de determinadas intervenciones (p.e. creando un espacio de inmunidad frente a determinadas preguntas sobre el estado de salud), con una visión positiva, que va a ser necesaria para decidir el flujo de información que ha de existir sobre su persona (p.e. fundamentando los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal).

Por lo que respecta a su reconocimiento legal, el artículo 18.1 CE dice textualmente: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Este derecho, que constituye al tiempo una «garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones» y una «afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo», está íntimamente ligado a la idea de dignidad humana (Pérez Luño 2003: 318). En este mismo sentido se ha manifestado la Sentencia 134/1999 del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 5, cuando afirma que «el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad».

Este derecho se ha desarrollado normativamente, entre otras, por la *Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen*, cuando en su artículo 1 no sólo afirma que cabe la protección por la jurisdicción civil sino que además este derecho es «irrenunciable, inalienable e imprescriptible». En el artículo 7 incluye entre las intromisiones ilegítimas «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» y «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela».

La *Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*, que desarrolla la *Ley 14/1986, General de Sanidad*, incluye en su artículo 2 el respeto a la intimidad personal y el deber de reserva entre sus principios básicos. Este respeto se ve refrendado

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

posteriormente cuando en el artículo 5 se confirma que el titular de la información asistencial es el paciente, el cual podrá oponerse a que se informe a terceras personas, incluidas aquellas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Recordemos que la información asistencial se refiere a «todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla» (art. 3 Ley 41/2002). El artículo 7 de la Ley 41/2002 expresamente reconoce el derecho de toda persona «a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley», y conmina a los centros sanitarios para que adopten las medidas oportunas para garantizar ese derecho. De esta manera, la Ley 41/2002 garantiza que el acceso a la información asistencial que se incluye en la historia clínica (definida en el art. 14) sólo pueda realizarse por aquellas personas que tengan un interés legítimo (ya sea asistencial, epidemiológico, de investigación, judicial o administrativo) y que, en todo caso, las personas que tienen acceso han de guardar el deber de secreto (art. 16).

Por su parte la *Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal*, tiene objeto garantizar y proteger el derecho a la intimidad personal frente al tratamiento indebido de los datos de carácter personal. Se señala en el artículo 4, relativo a la calidad de los datos, que sólo se podrán recoger cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos, y que no se podrán usar para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. De igual forma, deberán ser exactos y puestos al día para que respondan como veracidad actual de la persona afectada, y deberán ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados. El artículo 5 reconoce el derecho a la información en la recogida de datos, lo cual supone que a las personas a quienes se soliciten sus datos de carácter personal deberán previamente ser informadas de modo expreso, preciso e inequívoco. Una vez que se haya recibido la información, la persona afectada deberá consentir de forma inequívoca (art. 6). En el tema que nos ocupa es importante además destacar el artículo 7 pues incluye a los datos de carácter personal relativos a la salud entre los datos especialmente protegidos. Esto supone que estos datos sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o la persona afectada consienta expresamente. Así, en ese mismo artículo 7, se señala que los datos sanitarios podrán ser tratados cuando resulte necesario para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o de tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios. En ese caso, el tratamiento deberá hacerlo un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o una persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto (art. 10).

La protección civil y administrativa que proporcionan las normas anteriores se completa con el *Código Penal* (en adelante CP), que incluye como delito determinadas intromisiones en la intimidad personal. Así, el capítulo I, del Título X, que lleva como título *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, castiga el descubrimiento y revelación de secretos. El bien jurídico protegido es la intimidad, tanto desde el punto de vista negativo, derecho a excluir a otra persona de un hecho de la vida privada, como desde una perspectiva positiva, derecho a

controlar los datos personales para que sean utilizados conforme a la propia voluntad. El sujeto activo del delito de descubrimiento de secretos o vulneración de la intimidad puede ser cualquier persona (art. 197 CP), salvo el que se reserva al funcionario público (art. 198 CP). El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona, salvo en el que se refiere a una víctima menor de edad o incapaz (art. 197.6 CP). Por lo que se refiere a las conductas castigadas, en el artículo 197.1 del Código Penal se pueden distinguir tres supuestos típicos: el apoderamiento, la interceptación de telecomunicaciones y utilización de artificios de captación. Es capital resaltar que la ausencia de consentimiento o de habilitación legal resultan necesarias a efectos de la tipicidad de la conducta. De igual forma, el tipo penal requiere la presencia de dolo por parte del sujeto activo. La ausencia de dolo y la presencia de negligencia dará lugar a una responsabilidad en el ámbito civil o administrativo. Como se ha determinado en uno de los casos llegados a la CLFD, que un facultativo publique por error en una página web datos sobre el estado de salud de una persona con el VIH no supone la realización del tipo penal pero sí de una conducta sancionable por la vía civil (Ley Orgánica 1/1982) o por la vía administrativa (Ley Orgánica 15/1999).

Junto al tipo penal ordinario existen dos supuestos que forman parte de un subtipo agravados: (a) el descubrimiento de datos o la captación de imágenes y su posterior difusión, revelación o cesión a terceros; (b) la realización de la conducta por el encargado del archivo o fichero. Ambas conductas son especialmente importantes en el ámbito sanitario pues normalmente se descubren los datos de salud con la finalidad de difundirlos o revelarlos, y en muchas ocasiones está involucrada la persona encargada del archivo o fichero. A esto hay que unir que existe un listado de subtipos agravados de las modalidades básicas de los artículos 197.1 y 197.2 o de subtipos súper agravados si estamos ante los artículos 197.3 y 197.4 del Código Penal: (a) existencia de datos sensibles, como son los que se refieren a la salud; (b) especial vulnerabilidad de la víctima. Finalmente el Código Penal agrava -tipos híper agravados- las conductas ya analizadas cuando los hechos se cometen con finalidad de lucro (art. 197.7 CP).

Todo este entramado normativo interno, que someramente hemos resumido, no hace sino recoger los principios que se han desarrollado tanto a nivel universal como europeo. Así, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 12 reconoce que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias». De igual forma se pronuncia el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 17: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques». Sobre este derecho se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su *Observación General 16* aclarando su significado. En dicho texto se afirma, entre otras cosas, que «como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad».

De igual forma, la relación entre la intimidad personal y el VIH ha sido objeto de análisis por parte de ONUSIDA, la agencia especial de Naciones Unidas dedicada a la lucha contra el Sida. En un informe titulado *Guidelines on Protecting the Confidentiality and Security of HIV Information* se afirma que «el propósito de establecer los principios de la confidencialidad y seguridad de la información de salud es asegurar que los datos de salud se usan para mejorar la salud, al igual que para la reducción de daños, de todas las personas, sanas y enfermas. La persecución de este objetivo implica un proceso continuado de definir el balance entre: (a) maximizar los beneficios –beneficios que pueden y deberían venir del uso correcto y adecuado de los datos- y (b) la protección del daño –daño que puede resultar tanto de la publicación maliciosa o inadvertida de datos individuales identificables-. Estos beneficios y daños potenciales pueden proceder de individuos, grupos o instituciones». De igual forma, en el informe de ONUSIDA se proponen una serie de principios dirigidos tanto a las personas con el VIH o el Sida como a organizaciones e instituciones que deberían guiar la confidencialidad y la seguridad de la información sobre el VIH o el Sida.

A nivel europeo, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* reconoce en el artículo 8 el derecho de toda persona a que se respete «su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». La injerencia de la autoridad pública no podrá hacerse «sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección y las libertades de los demás». El TEDH ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la garantía de la intimidad individual y familiar en varias ocasiones, algunas de ellas relacionadas con el VIH. Así en los casos *X e Y*, de 26 de marzo de 1985; *Leander*, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *Funke*, de 25 de febrero de 1993; y *Z*, de 25 de febrero de 1997, ha exigido que las limitaciones que puedan disponerse deben estar previstas legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática. Esto implica que la ley debe ser accesible a las personas concernidas por ella y que las consecuencias deben ser previsibles. Los límites deben responder a una necesidad social imperiosa y ser adecuados y proporcionados para el logro de su propósito. La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía.

El caso *Z*, de 25 de febrero de 1997, trata precisamente de un asunto en el que una ciudadana finlandesa con el VIH reclama la violación del artículo 8 del Convenio Europeo porque las autoridades de su país fallaron en la prevención de la revelación de su estado serológico por la prensa. El TEDH entiende que se produjo la violación porque «la protección de datos personales, incluidos los datos médicos, es de importancia fundamental para que una persona disfrute de su derecho a que se respete su vida privada y familiar». El respeto de la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital y crucial «no sólo para respetar el sentido de privacidad de un paciente

sino también para preservar su confianza en la profesión médica y en los servicios de salud en general». Sin tal protección, y haciéndose eco de la Recomendación R (89) 14, *The Ethical Issues of HIV Infection in the Health Care and Social Settings*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24 de octubre de 1989, el TEDH considera que «aquellas personas que necesiten asistencia médica pueden sentirse disuadidas de revelar información de naturaleza personal e íntima que podría ser necesaria para recibir un tratamiento apropiado, e incluso de buscar tal ayuda, por lo que pondría en peligro su propia salud y, en los casos de enfermedades transmisibles, la de la comunidad». Como afirma el TEDH, «estas consideraciones son especialmente válidas en lo que concierne a la protección de la confidencialidad de la información de una persona con el VIH. La revelación de tal dato puede afectar dramáticamente a su vida privada y familiar, y también a su situación social y de empleo, exponiéndole al oprobio y al riesgo de ostracismo. Por esta razón puede también desalentar a las personas a buscar diagnóstico y tratamiento y así minar todo esfuerzo preventivo de la comunidad para contener la epidemia».

A través de los instrumentos normativos mencionados puede observarse que en España **el estado de salud es una de esas materias que configuran la intimidad personal** y sobre las que **las personas con el VIH puede ejercer un control activo**, decidiendo a quién, cómo y con qué límites revelan la información sobre su estado serológico. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 70/2009, fundamento jurídico 2, al afirmar que «dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada». A lo que se añade en la Sentencia 196/2004, fundamento jurídico 2, que «el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno». En ese mismo sentido, la Sentencia 134/1999, fundamento jurídico 5, reconoce que los titulares del derecho a la intimidad disponen de un poder de control sobre la información relativa a su persona, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada. Por su parte, la sentencia 115/2000, fundamento jurídico 4, insiste en que «corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio».

El derecho reconocido en **el artículo 18.1 CE impide las injerencias arbitrarias o ilegales** en la intimidad personal referidas al estado de salud y **proporciona un poder de control sobre los datos de la salud** que los titulares del derecho quieren que se conozcan por terceras personas. Se vulnerará, por lo tanto, el derecho a la intimidad personal cuando, según el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, fundamento jurídico 2, «la penetración en el ámbito propio y reservado del

sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida». En este mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 delimita el derecho a la intimidad cuando reconoce que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso».

A tenor de lo expuesto, el derecho a la intimidad no sólo puede modularse por el consentimiento de la persona afectada sino que, como todo derecho, al no ser ni ilimitado ni absoluto puede ser sometido a restricciones contempladas en una ley (STC 198/2004, FJ 8). No toda revelación del estado de salud de una persona constituye una quiebra de su privacidad pues pueden existir razones que obliguen a ello (Gostin 2004: 45).

La delimitación del derecho a la intimidad se hace pues, en primer lugar, por el consentimiento del propio titular. De esta forma se apela al principio de autonomía de la voluntad. Esto supone reconocer que la persona con VIH es capaz de determinar el sentido de sus acciones conforme a decisiones racionales y no como consecuencia de imposiciones externas. **La limitación es, en cambio, mediante una autorización legal.** En ese sentido, cabe destacar, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 41/2002 cuando reconoce el derecho de los ciudadanos «a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud». Como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 70/2009, fundamento jurídico 3, aunque la Constitución «no prevé expresamente la posibilidad de sacrificio legítimo de tal derecho (...) ello no significa que sea un derecho absoluto (...) Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (...) A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida».

La existencia de autorización legal es un **requisito necesario pero no suficiente** ya que debe comprobarse que se ha realizado una **ponderación adecuada** entre el derecho a la intimidad y la protección de la salud pública o de terceras personas, que serían los intereses constitucionalmente protegidos; y que la limitación del derecho a la intimidad sea **idónea y necesaria** para lograr el fin legítimo previsto, **proporcionada** para alcanzarlo y **respetuosa** con el contenido esencial del derecho. Como el Tribunal

Constitucional ha señalado en las sentencias 234/1997, fundamento jurídico 9; 70/2002, fundamento jurídico 10; 25/2005, fundamento jurídico 6; y 206/2007, fundamento jurídico 6, debe garantizarse la «idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

En este juicio de ponderación, donde debe determinarse la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la restricción al derecho a la intimidad, cobra todo sentido el contenido del siguiente apartado de este informe pues las MUPT, los niveles de riesgo de transmisión y la prevención a través del tratamiento van a configurar una realidad sobre el VIH que dista mucho de la que existía en los inicios de la epidemia y sobre la que todavía se asientan muchas de las restricciones, exclusiones y discriminaciones que afectan a las personas con el VIH. Esta nueva realidad va a hacer que muchas de las restricciones del derecho a la intimidad personal de las personas con el VIH no cumplan ni el juicio de necesidad, pues caben medidas alternativas menos gravosas, ni con el principio de proporcionalidad, pues el riesgo de transmisión puede llegar a ser despreciable.

4. LAS MUPT, EL RIESGO DE TRANSMISIÓN Y EL TRATAMIENTO COMO PREVENCIÓN

Las MUPT, el riesgo de transmisión y el tratamiento como prevención son elementos claves para demostrar que la inmensa mayoría de las ocasiones en las que un particular, una empresa o la Administración exigen que una persona declare sobre su estado de salud, incluyendo pruebas de detección del VIH, o excluyen a todo el colectivo de personas con VIH de un proceso de selección, existiría discriminación y se vulneraría el derecho a la intimidad personal. En determinadas ocasiones los avances que se producen en las ciencias contribuyen a mejorar la respuesta que se puede ofrecer desde la ética. Indudablemente, el hecho de que existan pruebas fiables de detección del virus, el conocimiento que se tiene sobre las tasas de infectividad y los avances en el tratamiento farmacológico han contribuido a que deban redefinirse los límites del derecho a la intimidad de las personas con el VIH. Como señalan John Francis and Leslie Francis, las nuevas tecnologías de test y de prevención del VIH tienen implicaciones para la cuestión de la responsabilidad y la regulación del VIH/Sida (Francis y Francis 2013: 523).

En este sentido, las MUPT, el riesgo de transmisión y el tratamiento como prevención contribuyen a que la afectación a la intimidad de las personas con el VIH no sea constitucionalmente legítima porque no resulta proporcionada ya que existen medidas menos gravosas o con un menor grado de sacrificio del derecho que pueden ser igualmente aptas para conseguir dicho fin. Como afirma Lawrence Gostin, «incluso en los contextos más desafiantes, las medidas de prevención virtualmente eliminan el riesgo de infección» (Gostin 2004: 57).

4.1. Las MUPT

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, en los albores de la epidemia, los *Centers for Disease Control* (en adelante CDC) 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.

Desde la óptica de los derechos humanos, 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 en nuestra país prácticas como la identificación de las historia 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.

Las MUPT se componen de un conjunto de normas que van desde normas de higiene personal (los cortes y heridas siempre se deben cubrir con apósitos impermeables; las lesiones cutáneas de las manos se cubrirán con guantes; lavado de manos con agua y jabón líquido) hasta los elementos de protección de barrera que deben usarse (guantes, mascarillas, protectores oculares y batas para prevenir la exposición a sangre, fluidos corporales conteniendo sangre y otros fluidos). Los guantes constituyen la protección de barrera más importante porque, a pesar de que no evitan los pinchazos, reducen el volumen de sangre transferido, lo cual es importante pues el riesgo de infectarse depende en gran medida de la cantidad de virus inoculada. No obstante, los

guantes no son precisos si el contacto es con piel intacta del paciente. Por su parte, las mascarillas, de no existir otra razón médica (p.e. tuberculosis), se utilizarán únicamente cuando se prevea la producción de salpicaduras de sangre o fluidos corporales a las mucosas oral o nasal. La misma lógica se sigue con la protección ocular. La utilización de batas suplementarias al uniforme o a la bata habitual generalmente no está indicada y sólo se recomienda su uso cuando se prevea la producción de grandes salpicaduras de sangre o líquidos orgánicos (p.e. asistencia a un parto, asistencia a politraumatizados en urgencias, realización de curas de gran extensión). Estas y otras MUPT se describen en los documentos *NTP 700: Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios*, editado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o *Perspectives in Disease Prevention and Health Promotion Update: Universal Precautions for Prevention of Transmission of Human Immunodeficiency Virus, Hepatitis B Virus, and Other Bloodborne Pathogens in Health-Care Settings*, editado por los CDC en 1988.

4.2. El riesgo de transmisión

Otro factor importante a tener en cuenta a la hora de abordar algún tipo de limitación en el derecho a la intimidad 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. En función del nivel de riesgo, se podrán imponer unas u otras restricciones al derecho a la intimidad. Así, por ejemplo, en función del riesgo de infección debe discutirse si podría imponerse a las personas con VIH aunque usen las MUPT, la obligación de informar a las posibles parejas sexuales de su estado serológico; o si podría imponerse a una persona que preste servicios sanitarios y realice procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea la realización de controles periódicos de su carga viral para no afectar a la salud de terceras personas.

Pues bien, en líneas generales, el VIH no es de los virus con una mayor tasa de transmisibilidad, superado por ejemplo el virus de la hepatitis B (en adelante 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, junto al Grupo de Estudio de Sida (GeSIDA), Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo (SEMST), Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene (SEMPSPH), Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo (AEEMT), Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública (SESLAP), Asociación Nacional de Médicos del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS), Sociedad Española de Infectología Pediátrica (SEIP), Sociedad Española de Medicina de urgencias y Emergencias (SEMES), Grupo de Estudio de Hepatitis Víricas-SEIMC (GEHEP) y Federación Española de la Enfermería del Trabajo (FEDEET).

El principal objetivo de dicho documento es facilitar el uso apropiado de la profilaxis postexposición (en adelante PPE) mediante «unas recomendaciones para la valoración del riesgo de transmisión en los diferentes tipos de exposición, de las situaciones en las que debe recomendarse la PPE, de las circunstancias especiales a tener en cuenta, de las pautas de antirretrovirales (ARV) con su inicio y duración, del seguimiento precoz de la tolerancia y adherencia del tratamiento, del seguimiento posterior de las personas expuestas independientemente de que hayan recibido PPE o no, y de la necesidad del apoyo psicológico». Una vez que falla la prevención primaria, llegan las medidas de prevención secundaria.

Si centramos la atención en el supuesto más común, la exposición no ocupacional (en adelante ENO) por vía sexual, en el *Documento de Consenso sobre Profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños* se dice textualmente: «en las relaciones sexuales se producen macro o microabrasiones de las mucosas. En este sentido el tipo de epitelio de la mucosa del recto (columnar simple y más delgado que el de la vagina o mucosa oral) lo hace especialmente susceptible a la disrupción mecánica durante la relación sexual. Esto explica que las relaciones sexuales anales receptivas sean la forma más efectiva de transmisión sexual del VIH. Las abrasiones de mucosas también son más frecuentes en los varones no circuncidados y ello justifica, al menos en las relaciones heterosexuales, el menor riesgo de infección de los varones circuncidados. De igual modo, es fácilmente comprensible que la presencia de otras infecciones de transmisión sexual (ITS), en especial las que cursan con ulceraciones, favorezcan la transmisión del VIH. En las enfermedades infecciosas el tamaño del inóculo determina la probabilidad de adquirir la enfermedad. En el caso de la infección VIH, cargas virales <1500 copias/mL hace que la transmisión heterosexual sea improbable. Incluso como se ha observado en el estudio PARTNER, el riesgo de que un paciente VIH en TAR con viremia <200 copias/mL transmita la infección por el VIH en una relación sexual sin preservativo es muy cercano a cero». Estos y otros datos llevan a que sólo se recomiende la profilaxis postexposición no ocupacional cuando el riesgo de transmisión sea apreciable mientras que habrá que valorar caso a caso cuando el riesgo es bajo o mínimo, lo cual dependerá del tipo de exposición y el tipo de fuente.

En las siguientes tablas se describe muy bien la situación pues se pasa de la recomendación de la PPE en los casos en que ha habido una relación anal o vaginal, receptiva o insertiva, sin preservativo o mal uso del mismo, con una fuente que es VIH positiva con carga viral en plasma detectable o con factores de riesgo (p.e. usuario de drogas por vía parenteral o trabajador del sexo) hasta la no recomendación de la PPE si ha habido una reanimación boca a boca sin lesiones cutáneomucosas o a la valoración individual cuando ha habido una relación anal o vaginal, receptiva o insertiva, sin preservativo o mal uso del mismo, con una fuente que es VIH positiva con carga viral en plasma indetectable.

Tabla 7: Recomendaciones de PPENO

Tipo de exposición	Riesgo de transmisión según Fuente	Recomendación
<ul style="list-style-type: none"> • Relación sexual anal o vaginal, receptiva o insertiva, sin preservativo o mal uso del mismo • Compartir jeringuillas o agujas con UDVP • Pinchazo percutáneo con exposición a sangre u otros fluidos potencialmente infectantes (1) • Mordeduras humanas con solución de continuidad en la piel y presencia de sangre 	<p>Exposiciones con riesgo de transmisión apreciable</p> <ul style="list-style-type: none"> • VIH positivo con CVP detectable o desconocida (3) • VIH desconocido con factores de riesgo (4) <p>Exposiciones con riesgo de transmisión bajo o mínimo</p> <ul style="list-style-type: none"> • VIH positivo con CVP indetectable • VIH desconocido sin factores de riesgo 	<p>Recomendar PPE</p> <p>.....</p> <p>Valorar individualmente (5)</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Relación sexual orogenital (pene, vagina, ano), receptiva o insertiva, con o sin eyaculación, sin preservativo u otro método de barrera o mal uso del mismo • Exposición de otras mucosas o de piel no intacta a sangre u otros fluidos potencialmente infectantes (1) 	<p>Exposiciones con riesgo de transmisión bajo o mínimo</p> <ul style="list-style-type: none"> • VIH positivo con CVP detectable, indetectable o desconocida • VIH desconocido con factores de riesgo • VIH desconocido sin factores de riesgo 	<p>Valorar individualmente (5)</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Cualquier tipo de exposición con fluidos no infectantes (2) • Exposiciones sobre piel intacta. Mordeduras sin rotura de piel ni sangrado. Pinchazo o erosión superficial con agujas u otros objetos punzantes o cortantes abandonadas que no han estado en contacto reciente con sangre. Besos. Reanimación boca a boca sin lesiones cutáneomucosas. Caricias. Masturbación sin rotura de piel ni exposición a sangre. Relación sexual con uso adecuado del preservativo 	<p>Exposiciones con riesgo de transmisión despreciable o nulo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • VIH positivo con CVP detectable o indetectable y VIH desconocido con o sin factores de riesgo 	<p>PPE no recomendada</p>

28 Documento de Consenso sobre Profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños.

- (1) Sangre, fluidos que contengan sangre visible, semen, secreciones vaginales, líquidos cefalorraquídeo, pleural pericárdico, peritoneal, sinovial, amniótico, y leche humana
- (2) Orina, heces, saliva, vómitos, secreciones nasales, lágrimas, sudor y esputo, si no contienen sangre visible
- (3) Cuanto mayor sea la CVP mayor es el riesgo de transmisión
- (4) HSH, UDVP, trabajador del sexo, agresor sexual, antecedentes de ingreso en centros penitenciarios y natural de un país con una prevalencia de VIH superior al 1% (Haití, Bahamas, Jamaica, Belice, Trinidad y Tobago, Estonia, Rusia, Tailandia y África subsahariana)
- (5) Valorar individualmente cada caso. En general se recomienda iniciar PPE si la fuente es VIH + con CVP detectable o desconocida, o si es VIH desconocido con factores de riesgo. Si la fuente es VIH + con CVP indetectable o si es VIH desconocido sin factores de riesgo, se puede considerar no realizar PPE dado que el riesgo de transmisión es muy bajo

4.3. El tratamiento como prevención

El tratamiento como prevención es la última cuestión técnica que nos ayudará a resolver la duda sobre la ponderación entre el derecho a la intimidad de las personas con VIH y la consecución de los fines constitucionalmente relevantes (la salud pública o de terceras personas), y los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta evidencia científica se ha puesto de manifiesto gracias al ensayo clínico HPTN 052, que se inició en 2005 y cuyo reclutamiento terminó en 2010. Se reclutaron a 1763 parejas serodiscordantes en nueve países de Asia, África y los Estados Unidos de América, 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 personas 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 llevo a la conclusión de que el tratamiento mejoraba la prevención y ralentizaba la difusión de la infección (Cohen *et alii* 2011).

El ensayo HPTN 052 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 HIV 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 alii* 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 alii* 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 alii* 2010).

El tratamiento como prevención muestra que el VIH no es por sí mismo un riesgo para la salud pública y que, por lo tanto, no es necesario que las personas con el VIH tengan que declarar obligatoriamente sobre su estado de salud si el acceso al tratamiento antirretroviral se universaliza y no se excluye del mismo a ningún grupo poblacional que lo necesite.

5. LOS CASOS DE LA CLFD

A continuación vamos a exponer algunas de las **consultas sobre este tema que han llegado entre los años 2013 y 2015 a la CLFD**. 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 VIH pues se sigue considerando que son un ‘peligro social’** y que es necesario limitar su derecho a la intimidad personal pues la sociedad tiene un derecho superior a conocer. 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 VIH siguen sin disfrutar los derechos en igualdad de condiciones.

5.1. La declaración del estado serológico respecto al VIH a la pareja sexual (estable o esporádica)

Este es uno de los temas más polémicos que existen en el ámbito de los estudios sobre el VIH y los derechos humanos pues **afecta a la criminalización de determinadas**

conductas, en especial la no revelación del estado serológico a las terceras personas con las se mantienen relaciones sexuales. Entre los años 2013 y 2015 hemos recibido 6 consultas que afectaban a esta materia.

En España, como veremos más adelante, **se penaliza que una persona con VIH, de forma dolosa o imprudente, cause una lesión a otra en forma de transmisión de la enfermedad.** Es un **delito de resultado** por lo que sólo se podrá interponer denuncia o querrela cuando se haya demostrado que se ha producido la seroconversión, pero no debemos olvidar que en muchos países existe una persecución penal de las personas con VIH no sólo en los casos en que se haya producido la seroconversión sino también en los casos en que no se ha alcanzado ese resultado pero se ha generado una situación de riesgo, esto es, es posible denunciar a una persona con VIH que no ha declarado su estado serológico a su pareja sexual, ya sea estable o esporádica. Así, a lo largo y ancho del continente europeo, «las personas con VIH están siendo investigadas, enjuiciadas, condenadas y encarceladas en casos de exposición y transmisión no deliberada del VIH. Es una epidemia que causa un daño significativo: no sólo directamente –a las personas a las que se somete a acoso y sanciones- sino también indirectamente –a los esfuerzos que buscan normalizar el VIH y reducir el estigma; a los intentos de afirmar la importancia de la responsabilidad compartida en la salud sexual-. Es una epidemia cuyo impacto se siente especialmente por personas que ya experimentan una exclusión y vulnerabilidad social y económica. Es una epidemia que ha creado, según la prevalencia del VIH que ONUSIDA estima para 2009, cerca de 2,2 millones de potenciales criminales en Europa Occidental y Central» (Weait 2011: 1).

Curiosamente, el apogeo de estas medidas de criminalización se produce tres décadas después del descubrimiento del virus, sin consenso con los expertos en salud pública y sin consultar a las personas con VIH o a las asociaciones en que se agrupan. Algunos gobiernos consideran que la criminalización de la transmisión del VIH es un instrumento útil no sólo para castigar la propia transmisión del VIH (deliberada o accidental) sino también para lograr una mejora en la prevención del VIH. Con los datos disponibles, no puede afirmarse que esta política haya mejorado la prevención, reducido las tasas de transmisión o hayan concienciado a las personas (Lazzarini *et alii* 2013; Galletly y Pinkerton 2006). De hecho puede ocurrir todo lo contrario pues la criminalización de la transmisión del VIH desincentiva que las personas se realicen las pruebas de detección: si se desconoce la seropositividad al VIH puede que no se cumplan los elementos definitorios del tipo penal o puede que se aminore la condena.

En España, la respuesta a la pregunta sobre si existe o no la obligación de declarar el estado serológico, y así evitar una posible imputación penal, debe partir del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 528/2011, de 6 de junio. En ella se establece que **el mantener relaciones sexuales sin informar a la pareja estable sobre el estado serológico respecto del VIH no es delito si la persona con VIH pone los medios suficientes para no transmitir la enfermedad**, como puede ser el uso del preservativo. Esto se debe a que nadie está obligado a decir a un tercero si está infectado del VIH aunque ese tercero sea su pareja estable. Eso sí, en la sentencia **se exige a la persona con el VIH, en primer lugar, que ponga todos los medios**

adecuados (las MUPT) para evitar la transmisión y, en segundo lugar, que en caso de que se produzca una situación de riesgo debe declarar el estado serológico con el fin de que se puedan adoptar las medidas de prevención secundarias (p.e. las medidas de PPE). En la mencionada sentencia se dice textualmente: «Es preciso comenzar sentando que el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta (...) tan sólo puede afirmarse *obiter dicta* que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad (...) Pero no siendo así, la referida ausencia de comunicación no puede considerarse por sí misma, según parece en algún momento entender la recurrente, como causa eficiente del gravísimo resultado acontecido».

Si no se comunica el estado de salud, lo cual impide a la pareja sexual consentir, y se genera una situación de riesgo de transmisión, entonces se estaría cometiendo el tipo penal, ya sea el del artículo 147 CP si se aprecia dolo eventual o el del artículo 152 CP si sólo se aprecia la existencia de una imprudencia grave. En el primer sentido (se aprecia la existencia de dolo eventual) se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, en su sentencia de 2 de Enero de 2004, fundamento tercero, cuando afirma que «la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual. Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual pero, tal como informaron los médicos esa probabilidad crece con el número de contactos sexuales, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos, pues es propia del sentido común. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle, cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente en caso de práctica del sexo oral, el uso del preservativo. Esa persistencia en la acción por un lado y en el silencio por otro, unida a la consciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual (...) en términos apriorísticos se sabe que la acción es peligrosa para bienes como la vida o la salud, singularísimamente relevantes, la fría asunción de una probabilidad más que suficiente, es determinante de la conducta dolosa».

En el segundo sentido (se aprecia la existencia de imprudencia grave) se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia 528/2011, fundamento jurídico primero, cuando interpretó que la ruptura del preservativo en múltiples ocasiones, sin mención a la pareja estable del estado serológico de uno de los participantes en el acto sexual, se entiende como una imprudencia grave por parte del demandado: «Centrándonos únicamente, por tanto, en el análisis del comportamiento del acusado en tanto que acción causante del contagio, es decir, la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, es indudable que la utilización de preservativos,

como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo (...) sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual (...) No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1.2.º del Código Penal por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida) (...) semejante dato resulta suficientemente revelador de que, por las razones que fuere (descuido en el uso del preservativo, defectuosa utilización del mismo o de su conservación o por la forma de producirse la práctica sexual en la pareja o por razones anatómicas de cualquiera de los miembros de ésta, etc.) lo cierto es que aquello que resulta tan excepcional en la generalidad de los casos [la rotura del preservativo], hasta el punto de que los protocolos médicos llegan prácticamente a despreciarlo cuando autorizan la relación sexual a un infectado con el único requisito de hacer uso de ese medio profiláctico, en el concreto caso de las relaciones sexuales entre (se omite el nombre) y (se omite el nombre) se producía con esa frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable. Encontrándonos así ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de "grave enfermedad somática", art. 149.1º CP) en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia».

Si bien es cierto que **no hay un tipo penal específico que se dedique a criminalizar directamente la transmisión del VIH**, esta transmisión puede quedar penalizada como (a) un *delito de lesiones doloso* (art. 149.1 CP -tipo agravado, cuando se lesiona la salud de un tercero transmitiendo una enfermedad grave); o (b) un *delito de lesiones imprudente* (art. 152 CP). Tanto un artículo como el otro se refieren a una enfermedad grave, somática o psíquica. El VIH encaja dentro de estos tipos penales al cumplir con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerarse enfermedad grave. De lo contrario, se incurriría en el tipo básico de lesiones (art. 147 CP). Las lesiones que menoscaban la integridad corporal que están incluidas en los artículos 149 y 152 CP tienen como elemento común la imposibilidad de curación o el mantenimiento de una secuela física relevante más allá de la curación. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 2 de Enero de 2004, fundamento cuarto, establece que «por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales. En este punto, el VIH supone que la enfermedad ya contraída se desarrolla y aparece el síndrome de inmunodeficiencia que se caracteriza por la presencia de múltiples posibles enfermedades asociadas, infecciones oportunistas, lesiones tumorales y en un plazo de como mucho diez años más la muerte, siendo excepcional la supervivencia veinte años después o si se extiende hasta los cuarenta o poco más, cuando, en términos generales, rondarían el doble de esa cifra. Pero es que además la supervivencia está condicionada al uso de fármacos en la fase de desarrollo

de la enfermedad, no siempre bien tolerados y con graves efectos secundarios; y la calidad de vida queda cercenada desde el primer momento con graves limitaciones en cuanto a la forma de desenvolverse socialmente, especial cuidado con la práctica de ejercicios de riesgo, precauciones excepcionales en las relaciones sexuales, limitaciones o necesidad de técnicas extraordinarias, como lavado de esperma y selección de un espermatozoide sano en caso de desear descendencia, que es preciso buscar mediante técnicas de reproducción asistida y presencia de un temor continuo más o menos intenso del portador del virus. Y junto a estas consideraciones no puede olvidarse el sentir común que considera esta enfermedad como una de las más graves sin duda ninguna, ni puede ignorarse el hecho de que es una enfermedad que a día de hoy puede tratarse pero no tiene cura o solución definitiva. En consecuencia, no cabe sino reputar la misma como enfermedad muy grave y por tanto, la causación dolosa de la misma, ha de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su tipo singularmente agravado recogido en el artículo 149 del Código Penal». De igual forma se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª, de 23 de mayo de 2012, fundamento segundo: «A fin de despejar el debate, bueno será comenzar proclamando que ninguna duda hay de que el contagio del VIH, con la consecuente probabilidad muy elevada de desarrollar en forma y plazos no del todo conocidos la enfermedad del SIDA (lo que en todo caso queda a expensas de la precocidad del diagnóstico, tratamiento recibido y otras diversas variables, al menos hasta donde alcanzan los conocimientos de este Tribunal), ha de ser reputado enfermedad grave a efectos del artículo 149 del Código Penal, extremo en el que ni siquiera nos detenemos al ser admitido por todas las partes; así, por ejemplo, ese carácter de enfermedad grave ha sido admitido y casi dado por supuesto por el Tribunal Supremo en sus sentencias 528/11, de 6-6-11, y 1218/11, de 8-11-2011, así como en el auto 1639/05, de 15-09-2005, y el más reciente 135/12, de 26-1-2012».

No podemos entrar ahora a analizar en profundidad dos cuestiones que son capitales en la configuración de los elementos de este delito: la relación de causalidad y el valor del consentimiento. La relación de causalidad es sumamente importante porque una persona con VIH sólo puede ser responsable de una determinada transmisión si se prueba de forma fehaciente que ha sido ella quien ha producido ese resultado. Como ya se ha señalado, en España no se castiga la simple puesta en riesgo sino que se exige que se haya producido un resultado, como es que la tercera persona se haya seroconvertido. La vía sexual es idónea para que se produzca la transmisión pero el grado de transmisibilidad existente determina que no es inevitable el resultado aunque se haya producido una relación sexual sin adoptar las MUPT. La realización de una prueba filogenética entre los virus contribuye a esclarecer esta cuestión pues durante la transmisión del VIH ocurre un *cuello de botella* genético, que tiene como resultado la parafilia de los virus de la fuente respecto de los virus del receptor. Esta parafilia establece la dirección de la transmisión, y la fuente puede ser inferida (Scaduto *et alii* 2010). Respecto al consentimiento, tanto si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad como si se trata de una causa de justificación, la doctrina y la jurisprudencia exigen que deba quedar claramente manifestado por el titular del bien jurídico protegido. Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que la persona que lo preste tenga la facultad de disponer libremente de

determinados bienes jurídicos propios, además de una capacidad para disponer en relación con sus facultades intelectuales para conocer el alcance de sus actos y, por último, que no existan vicios en la voluntad de prestarlo (Muñoz Conde y García Arán 2010: 228). Por otro lado, algunos autores sostienen que el consentimiento en mantener relaciones sexuales con una persona, previo conocimiento de la situación serológica, sitúa la cuestión en la imputación objetiva como una «heteropuesta en peligro consentida» (Luzón Peña 2012: 224-225).

Esto último significa que si una persona con el VIH le revelase a una tercera su estado de salud, y ambos aceptasen mantener relaciones sexuales sin adoptar las MUPT, el eventual resultado de infección de VIH no sería objetivamente imputable a la acción del autor y se consideraría impune. Así lo establece el Tribunal Supremo en un Auto de 15 de septiembre de 2005, «es conocimiento general en la sociedad actual la transmisión de la enfermedad por vía sexual, habida cuenta de la importante información al respecto» y aun así se quiso arriesgar». Esta misma línea se sigue por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª, de 23 de Mayo de 2012, en su fundamento tercero, donde se recogen en su argumentación partes de la STS 528/2011 y del anterior Auto del Tribunal Supremo. Concluye la sentencia de Audiencia de Sevilla diciendo que la persona que se ha seroconvertido respecto al VIH, aunque mantenía una relación estable, debería haber sido más diligente en su autoprotección, adoptando las más básicas cautelas, no sólo por el peligro de infectarse de VIH sino también con otras muchas enfermedades de transmisión sexual: «estaríamos casi hablando de una voluntaria asunción del riesgo o, cuanto menos, de un deliberado desinterés por conocer el que podía conllevar su relación con el acusado».

Quedaría por saber algo de lo que ahora no podemos ocuparnos en estas páginas, si la disponibilidad de las nuevas pruebas de detección rápida del VIH, que se pueden realizar por la propia persona, modifica en algo el juicio sobre la responsabilidad de la transmisión del VIH tanto desde la perspectiva del vector como de la víctima (Francis y Francis 2013: 528-529). ¿Hasta qué punto es una víctima aquella persona que pudiendo realizar una prueba de detección rápida del VIH a su pareja sexual decide no hacerla y asumir el riesgo no solo de infectarse de VIH sino también de otras enfermedades de transmisión sexual? ¿No se debería incentivar la ‘responsabilidad compartida’, acabando con un sistema que sólo se fija en las personas con el VIH y su obligación de declarar su estado serológico? (Burriss y Weait 2011).

5.2. La declaración sobre el estado de salud en la contratación de seguros

Un asunto que se ha discutido en varias ocasiones en la CLFD es la problemática a la que se enfrentan todas aquellas personas que conviven con una enfermedad como es el VIH y que necesitan contratar un seguro, por lo general de vida o de salud. **Las personas con VIH han sido y continúan siendo rechazadas a la hora de contratar seguros de vida o de salud**, generando con ello su exclusión económica pues les limita a la hora de acceder a préstamos y otros beneficios económicos o a otras alternativas de

financiación o a una serie de servicios que disfrutaban el resto de ciudadanos. Entre 2013 y 2015 hemos recibido 10 consultas sobre esta materia.

A la hora de contratar un seguro, **las empresas que ofertan este tipo de contrato incluyen un cuestionario sobre salud de los potenciales asegurados**. Dicho cuestionario se basa en preguntas sobre su estado de salud pasado y presente, y la entidad lo tomará en cuenta a la hora de valorar el riesgo de contratar un seguro con la persona o no.

La primera clave de la respuesta está en qué dice y cómo se interpreta el artículo 10 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (en adelante LCS). En este artículo se establece que el tomador y/o asegurado debe declarar, antes de contratar la póliza y basándose en el cuestionario que la entidad aseguradora le someta (el cual debe contener las declaraciones de salud del asegurado y reconocimiento médico, si proceden), todas las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si la entidad aseguradora no le solicita la cumplimentación del cuestionario o, cuando aun solicitándose, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él. En el caso de reserva o inexactitud en las declaraciones, mediando dolo o culpa grave del tomador y/o del asegurado, la entidad aseguradora quedará liberada del pago de la prestación por siniestro.

Por lo que respecta a la interpretación, el Tribunal Supremo, Sala Primera, en la sentencia 1173/2007, de 8 noviembre, fundamento jurídico tercero, indica que «el artículo 10, en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario que le someta el asegurador. Aparece así, no un deber espontáneo o independiente del tomador, sino un deber de responder a un cuestionario que tiene su precedente en el derecho suizo. A diferencia del art. 381 del Código de Comercio, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también decir exactamente todo lo que dice, el art. 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro». **Se establece, por lo tanto, un deber de contestar más que un deber de declarar**. Esta es una diferencia importante pues las personas con VIH no tienen el deber de declarar espontáneamente las circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo sino que sólo debe declarar a instancia de la aseguradora. Esto supone que los cuestionarios deben tener preguntas específicas sobre el VIH y el Sida. Es interesante, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de enero de 2002, cuando considera que la compañía de seguros no sometió cuestionario alguno al asegurado cuando le presentó a la firma un documento en el que únicamente constaba una pregunta: “¿Ha padecido o padece alguna enfermedad grave, o tiene alguna limitación física, en caso afirmativo, detállelo a continuación”. La Audiencia Provincial de Madrid afirma que «el cuestionario no puede quedar reducido a una sola pregunta que, de forma genérica, abarque todas las circunstancias que puedan afectar al riesgo». Por tanto, es

como si no existiera cuestionario y, consecuentemente, el asegurado no ha infringido ningún deber y la compañía ha de pagar la indemnización.

El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha señalado que su sentencia, de 3 de junio de 2008 que el deber del artículo 10 LCS se cumple contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta. Es muy relevante, por lo tanto, analizar si el asegurador ha cumplido la obligación de presentar el cuestionario y este resulta completo, con preguntas concretas, independientemente de quien haya procedido a rellenar el cuestionario (Domínguez 2015). De igual forma, en la sentencia de 2 de diciembre de 1997, en relación a las respuestas del tomador con las preguntas del cuestionario, se señaló que las respuestas «podrán extenderse en más o en menos, según sea la amplitud del cuestionario, ya que sólo ha de responder a su contenido, de ahí que el deber del asegurado a responder con buena fe queda limitado a lo que expresamente se le pregunte, pero sin que le sea exigible suplir la insuficiencia de las cuestiones que se le planteen». Es, pues, sumamente importante, que las preguntas, como han establecido las sentencias de la Audiencias Provinciales de Tarragona, Sección Tercera, de 20 de febrero de 1999 y de Granada, Sección Tercera, de 29 de mayo de 2009, sean concretas.

Debido en parte a esta realidad jurisprudencial, **algunas compañías han dejado de incluir en sus cuestionarios preguntas relacionadas con el VIH, y han comenzado a incluir dentro de sus cláusulas generales al VIH y al Sida y enfermedades semejantes entre las causas de exclusión de pólizas de seguro de vida o salud.** Es, por tanto, una realidad que las compañías aseguradoras no incluyen a las personas con el VIH como parte contratante de las pólizas de sus seguros. Casi la totalidad de aseguradoras incluyen una cláusula en sus contratos de seguros en la que se excluye a la persona con el VIH incluso en el caso de ser diagnosticada con el VIH después de haber contratado el seguro, pues, se presupone que la enfermedad será probablemente la causa de su deceso prematuro y ello, económicamente hablando, no les compensa a este tipo de empresas en las que se ofertan seguros de vida con la garantía de que los beneficiarios o familiares recibirán una suma de dinero, que dependerá de la cantidad que se asegure, en caso del fallecimiento de la persona que lo contrate. En materia de seguros lo que se hace es valorar, *a priori*, la estimación del riesgo, de esta forma, las entidades de seguros utilizan los datos existentes sobre el riesgo asegurado y los factores que en él influyen de formas distintas.

Teniendo en cuenta diversos estudios sobre calidad y esperanza de vida de las personas con el VIH, sobre todo desde la aparición de los tratamientos terapéuticos más avanzados, **esta idea preconcebida es errónea en tanto que las personas con VIH no sólo pueden llegar a tener una esperanza de vida muy razonable** (Kaulich-Bartz *et alii* 2012), sino también conservar un estado de salud suficiente para hacer frente a cualesquiera de las responsabilidades familiares, sociales, profesionales y económicas que quieran asumir. Así pues, es fácil ver la exclusión de la que son víctimas las personas que son seropositivas al VIH con un conjunto de cláusulas que serían discriminatorias. Los factores actuariales utilizados por las aseguradoras para restringir el acceso a las personas con VIH estarían desfasados y no se justificaría ese

trato diferenciado. Aunque en el año 2011 se modificó la normativa de Contratos de Seguros para frenar este tipo de discriminación hacia personas con discapacidad (Disposición Adicional Cuarta), no todas las personas con el VIH se benefician de la misma pues no todas tienen reconocido el estatus de persona con discapacidad. **En el colectivo de personas con VIH, las principalmente afectadas por esta exclusión son aquellas personas que son asintomáticas y que no alcanzan el 33% de discapacidad**, el grado mínimo exigido por la ley para poder ser reconocido como persona con discapacidad (art. 4 Real Decreto Legislativo 1/2013, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad), o que no tienen coinfección con el VHC, circunstancia que también implica el reconocimiento de un grado mínimo de discapacidad del 33% (apartado 10, capítulo VI, Anexo 1A, RD 1971/1999, según la redacción dada por el RD 1169/2003). También es importante recordar que se ha intentado luchar contra esta discriminación desde las asociaciones e incluso, legislativamente, se ha intentado regular esta situación mediante una reciente proposición de ley aprobada por el Parlamento de Navarra para evitar la discriminación que tienen las personas con el VIH o el Sida. Aunque contaba con el respaldo de muchos grupos parlamentarios, la proposición finalmente fue desestimada el día 6 de mayo de 2014 en el Congreso de los Diputados con los votos del Grupo Popular.

Con carácter general, **no hay ninguna aseguradora que incluya a las personas diagnosticadas con el VIH en el ámbito subjetivo de sus pólizas de seguro de vida**. Para dar esta respuesta hemos consultado diversas entidades financieras y en ninguna de ellas cabe la posibilidad de contratar dicho seguro. Sin embargo, la mayoría de ellas, ante un caso concreto, se ofrecen a dar asesoramiento en este sentido. Por lo general, solicitan la documentación médica necesaria para que el departamento de riesgos haga una valoración y dé un veredicto sobre la cuestión planteada. También realizan un estudio personal en el que se concreta la cantidad precisa a asegurar basándose en su capacidad económica. En ocasiones solicitan también la realización de un reconocimiento médico por clínica privada, en donde la aseguradora corre con todos los gastos. Sin embargo, es importante dejar claro que, por lo general, a pesar de la voluntariedad de las aseguradoras en cuanto al asesoramiento, la respuesta es negativa para la contratación de seguros de vida.

Un problema añadido podría ser que si existiera una compañía que sí lo hiciera **la cuantía mensual a pagar por dicho seguro podría llegar a ser muy elevada**, por lo que, como ahora veremos, podría vulnerarse el principio de suficiencia de la prima. No olvidemos que las aseguradoras, como entidades privadas, pueden imponer ciertas condiciones en un contrato de adhesión acogiéndose a la libertad contractual de los operadores. La jurisprudencia en varias ocasiones ha respaldado esta libertad contractual refiriéndose concretamente a los seguros de vida de personas con el VIH. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 5 de octubre 1998, ha manifestado que «no podemos desconocer que estamos en el ámbito de los seguros privados, donde no existe obligación para el tomador de concertar ningún seguro ni para el asegurador de aceptarlo. Sobre tal presupuesto, las respuestas consignadas en el formulario sobre el estado de salud, o el resultado del reconocimiento médico, son los elementos que permiten al asegurador valorar el riesgo y, en

consecuencia, aceptar o rechazar el seguro (art. 10 LCS). Y el tomador que contrata sobre su propia vida (art. 83 LCS) lo hace de modo voluntario y libre sin estar coaccionado por nadie (autodecisión) sabiendo que si quiere concertar el seguro debe contestar al formulario o someterse al examen médico, según requiera el asegurador, conforme a lo estatuido en el art. 10 de la Ley del Contrato de Seguro».

Sin embargo, esta libertad con la que actúan las empresas aseguradoras está sometida a determinados límites (arts. 7 y 1255 del Código Civil, que se refieren a la exigencia de la buena fe, la prohibición del abuso del derecho, el ejercicio antisocial del mismo o a la prohibición de los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público) y tampoco puede transgredir el principio de suficiencia de la prima a la hora de pactar la cantidad a pagar por el asegurado. De esta forma está establecido normativamente en el artículo 25.3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, el cual establece que «las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes». Aunque no podemos detenernos en el análisis de este asunto, el principio de suficiencia de la prima es sumamente importante porque actúa no sólo como una garantía de que las aseguradoras podrán cubrir el riesgo sino también como modulador de la cuantía que una compañía aseguradora puede solicitar a un asegurador.

Las personas con VIH que tienen reconocida la condición de persona con discapacidad tienen mejores mecanismos de protección que aquellas que no tienen dicho reconocimiento. Como ya se ha señalado, la legislación española tuvo que adaptarse a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y eso supuso incluir en la LCS una Disposición Adicional en la que se prohibía la discriminación por razón de discapacidad en la contratación de seguros. Así, aunque no se prohíbe que las compañías aseguradoras pregunten sobre el estado de salud o el grado de discapacidad, aquéllas no podrán excluir de sus pólizas a estas personas sobre la base de la discapacidad y deberán respetar el principio de suficiencia de la prima. Esta protección antidiscriminatoria supone que si a una persona con VIH tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, y la deniegan la contratación o, en su opinión, se viola el principio de suficiencia de la prima, tiene la posibilidad de plantear una **reclamación ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones**. Esta reclamación ha de estar fundada en la discriminación de la que estaría siendo víctima a consecuencia de tener reconocida, en su caso, la condición de persona con discapacidad, que podría derivar del hecho de tener la coinfección y otras patologías. Esta discriminación tiene lugar precisamente por el hecho de tener estas enfermedades pues son ellas las que han determinado su condición como persona con discapacidad. Con eso no queremos decir que el problema alcance

una solución pero sí que es posible que alcance mayor visibilidad y empiece a ser tenido en cuenta por este órgano administrativo, el cual pretende la protección del asegurado.

El procedimiento para plantear una reclamación es por escrito y se encuentra regulado en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. La forma de presentación de la reclamación puede ser en soporte papel y enviándola por medio de correo ordinario y dirigiendo el escrito al Servicio de Reclamaciones, situado en el Paseo de la Castellana nº 44, 28046 Madrid. También se puede realizar por vía telemática en caso de poseer firma electrónica. La Dirección General facilita el acceso al formulario en el siguiente enlace www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/FORMULARIO%20QUEJA%20Y%20RECLAMACION%20C3%93N%20FISICA.pdf.

Ahora bien, antes de iniciar el procedimiento de queja ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debe haberse formulado previamente la **queja o reclamación al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o del partícipe de la entidad reclamada**, por cualquier medio que permita tener constancia de su presentación. Por tanto, en primer lugar debe presentarse una queja ante una aseguradora en particular, en caso de que se nieguen a contratar un seguro por razón de discapacidad, y, posteriormente, se podrá presentar la queja ante la Dirección General de Seguros tanto si se recibe una respuesta negativa de la aseguradora como si no se recibe respuesta en un plazo máximo de 2 meses.

Cabe también interponer otra acción pero ésta vez por la vía jurisdiccional, en el orden civil. Con motivo de la vulneración de sus derechos fundamentales, específicamente, de su derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE, cabe la posibilidad de plantear una **demanda contra una aseguradora por vulneración de sus derechos fundamentales, por discriminar con motivo de su condición de persona con discapacidad**. Para llevarlo a cabo, pues, lo primero sería que, tras dirigirse a una aseguradora y que ésta se negara a contratarle el seguro, la persona interesada interpusiese la demanda en virtud de los mecanismos jurisdiccionales específicos a los que se refiere el artículo 53.2 CE, el cual establece que «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Esta garantía, en el orden civil, viene recogida en el artículo 249.2º de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* el cual establece que «se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía (...) 2. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente». El procedimiento se fija en los artículos 399 y siguientes de la *Ley 1/2000* en cuanto al contenido, forma y

plazos. Asimismo, se necesitará de abogado y de procurador, que será quien presente el escrito de interposición de demanda.

5.3. La obligación de realizar los exámenes médicos en el ámbito laboral, si incluyen la prueba de detección del VIH

Entre 2013 y 2015 hemos recibido 27 consultas que tenían como objeto **la cuestión de si es obligatorio realizar los exámenes médicos en el ámbito laboral**, ya sea como requisito previo a la contratación o como requisito durante la contratación, que incluían la prueba de detección del VIH. En ese cómputo excluimos aquellas consultas que se refieren a profesiones que por disposición legal requieren unas cualidades psicofísicas determinadas. Estos últimos casos también han sido numerosos pues se han recibido 12 consultas, aunque la respuesta normativa es diferente dependiendo de si se realizan o no procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental y pueden poner en peligro la salud de terceras personas. Por lo que respecta a la **obligación de declarar la seroconversión al empleador**, han sido 5 consultas las que han planteado esta cuestión, estando 2 de ellas relacionadas con personas con el VIH que prestaban sus servicios en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o en las Fuerzas Armadas.

No estamos cuestionando el tipo de intervención que se realiza sobre la persona con el VIH porque la realización de un análisis de sangre no consideramos que sea una prueba que lesione la intimidad corporal, aunque existen pruebas menos invasivas ya que no requieren ningún tipo de punción. Empero, cuestionamos la necesidad que tiene el empleador de conocer determinados datos sobre el estado de salud del empleado, cuando esos datos son irrelevantes para el desempeño de las funciones esenciales del puesto de trabajo, y, en segundo lugar, la obligatoriedad de realizar las pruebas médicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 196/2004, fundamento jurídico 5, llega a afirmar que sí puede existir una lesión del derecho a la intimidad personal aunque una determinada intervención (p.e. un análisis de sangre o de orina) no se considere una vulneración del ámbito de la intimidad corporal, pues culturalmente no se entiende que sea una intromisión forzada en la intimidad una actuación que, «por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona». La vulneración del derecho a la intimidad se derivaría de la obtención de una información sobre el estado de salud del trabajador que puede llegar a ser absolutamente irrelevante para el desempeño de las funciones esenciales de su puesto de trabajo. Como se señala en la misma sentencia y fundamento jurídico, «la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ella se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal».

La regla general en este campo es que **los exámenes médicos periódicos en el ámbito laboral son voluntarios** y que **las pruebas incluidas en los mismos deben ser aquellas que sean indispensables y pertinentes**. La clave en este asunto es cómo se

interpreta el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que es la base legal en la que se apoyan los reconocimientos médicos en el ámbito laboral.

Según ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, fundamento jurídico 6, dicho artículo tiene una serie de caracteres y principios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la legalidad de los reconocimientos médicos: «la determinación de una vigilancia periódica -y como regla general consentida- del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva».

Si se observan esos caracteres y principios desde la óptica de los derechos del trabajador, tenemos que **el principio vertebral es la voluntariedad del reconocimiento médico, la protección de la intimidad mediante la confidencialidad de los datos sanitarios y la no discriminación por razón de su estado de salud**. Eso supone, tal y como exige la Ley 41/2002, que la obtención de un verdadero consentimiento, libre y voluntario, pasa por la formalización de un proceso de información en el que se detalle no sólo la realización del reconocimiento médico sino también, dada la singularidad del VIH, la inclusión de las pruebas de detección del virus. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, fundamento jurídico 9, «el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad (...) es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aún sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernen en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que pueden provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad». Como veremos, en caso de ser necesaria y pertinente, se deberá informar expresamente de que se incluye la prueba de detección del VIH.

Si se observan esos mismos caracteres y principios desde la óptica de las propias pruebas, tenemos que **las exploraciones y analíticas que componen los controles médicos deben ser las indispensables y proporcionales al riesgo**. Así, la prueba de

detección del VIH sólo podrá incluirse porque sea indispensable conocer el estado serológico del trabajador en función de las tareas que desempeña, porque exista un riesgo cierto de transmisión y porque no exista una prueba alternativa. Esto es determinante en aquellos trabajos en los que la realización de las tareas esenciales del mismo depende del estado de salud de la persona (p.e. las personas que presten servicios de salud en los que se realizan procedimientos invasivos sobre terceras personas con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión sanguínea).

Si observamos los principios desde la óptica de la excepción, tenemos que los reconocimientos médicos **sólo podrán ser obligatorios 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. Al igual que en el caso anterior, un supuesto específico es el de las personas que prestan servicios de salud en los que se realizan procedimientos invasivos sobre terceras personas con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión sanguínea.

Ahora bien, como puntualiza el propio Tribunal Constitucional, «las excepciones contenidas en la Ley de prevención de riesgos laborales deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición de control médico». De tal forma que «los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador».

Esto supone, en el ámbito del VIH y las relaciones laborales, que **el empresario tiene limitada su potestad para imponer un reconocimiento médico** y que, aun en el caso de que el reconocimiento se pueda considerar como obligatorio, **deberá justificar en el caso concreto la indispensabilidad de hacer la prueba de detección del VIH;** que sólo será indispensable si no existen opciones alternativas de menor impacto en el contenido del derecho para la consecución de un interés preponderante. Así las cosas, **sólo podrá imponerse la realización de las pruebas del VIH cuando la adopción de las MUPT no sea suficiente para evitar un riesgo cierto o una situación de peligro en la salud de terceras personas.** Si únicamente se trata de evitar un riesgo en la salud del propio sujeto, el Tribunal Constitucional ha concluido que «la obligatoriedad no puede imponerse». Entendemos, por lo tanto, que sólo en el caso de las personas que presten servicios de salud en los que se realizan procedimientos invasivos sobre terceras personas con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión sanguínea es 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 plasmática para que la transmisión no se produzca.

En lo que respecta a la obligación de declarar la seroconversión, la respuesta es similar ya que **sólo podrá exigirse la declaración sobre el estado de salud cuando el nivel de carga viral pueda afectar a las tareas esenciales del puesto de trabajo y pueda verse comprometida la salud de terceras personas**. En todo caso, y como ya se ha señalado en otro informe, en los casos en que exista dicha obligación de declarar la seroconversión, la solución no pasa automática por el despido o el pase a reserva de la persona con el VIH sino que deberá procederse a analizar hasta qué punto el VIH es compatible o no con las tareas esenciales del puesto de trabajo que se está realizando. Creemos que la regla general, si adoptan las MUPT y se tiene en cuenta el riesgo de transmisión y el tratamiento como prevención, será el mantenimiento de la persona en su mismo puesto de trabajo, pudiéndose solicitar, en su caso, las medidas de ajuste razonable y las adaptaciones a las que se tenga derecho.

Esta misma respuesta es la que habría que aplicar en aquellos **casos en los que se solicita la declaración sobre el estado de salud, incluyendo la prueba del VIH, cuando se va a proceder a matricular a un menor de edad con el VIH en un colegio o cuando una persona con el VIH quiere hacer la matrícula en unos estudios de Grado o Posgrado, en especial en aquellos relacionados con la ciencias de la Salud**. En los años analizados, sólo ha llegado 1 consulta planteando el primer problema pero han sido 5 las consultas planteando el segundo problema. Como ya se ha señalado en la introducción, el VIH afectaría en este caso al derecho a la educación y al derecho a elegir libremente la profesión. Aunque no es objeto de este trabajo, la diferencia en el número de consultas puede deberse a que la transmisión vertical en España ha dejado de ser un problema grave (en 2012 sólo se produjeron 6 casos de transmisión vertical) y que los niños que se infectaron en los primeros años (desde que se detectó en 1984 el primer caso en España hasta 1997 se contabilizaron 831 casos, una media de 59 casos por año) han llegado a la Universidad.

¿Qué puedo hacer si el empleador quiere obligarme a hacer un reconocimiento médico que incluye la prueba del VIH? Pues bien, en este caso, lo primero que debes hacer es denunciar los hechos ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social (en adelante ITSS), posteriormente, y dependiendo de los hechos de cada caso, se valorará qué otras acciones legales, tanto administrativas como judiciales, se pueden emprender.

La ITSS es el órgano competente para realizar el control y la vigilancia del cumplimiento de la normativa en el orden social (relaciones laborales, la Seguridad Social, el empleo o las condiciones de seguridad y salud en el trabajo). Puede presentar la denuncia toda persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir infracciones en materia laboral, seguridad y salud laboral, Seguridad Social, empleo, etc. Esto es muy importante porque pueden presentar denuncia no sólo quienes estuvieran directamente afectados por las supuestas infracciones. La solicitud de actuación de la ITSS se puede realizar, mediante la presentación de una denuncia, bien

de forma presencial en los registros de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, y unidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las administraciones locales; bien de forma telemática a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en la siguiente dirección: www.empleo.gob.es/es/sede_electronica_menu; bien por vía postal mediante una carta dirigida a la oficina correspondiente de la ITSS.

La denuncia, en todo caso, debe contener, además de los datos de identificación del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar en que se produjo la infracción, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. Las denuncias presentadas tienen carácter confidencial. En las Inspecciones provinciales puede obtenerse un modelo normalizado de denuncia. Este modelo también se encuentra disponible en la página www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Descarga_de_Formularios.

5.4. La obligación de evitar la seroconversión de terceras personas

Aunque la condición de salud era diferente, pues se trataba de una enfermedad mental, en este problema se discute qué extensión tiene la resolución del *caso Tarasoff*; si es aplicable a los casos del VIH, los mismos principios que se señalaron en la sentencia que resolvió el asesinato de Tatiana Tarasoff por una persona con problemas mentales que había relatado a su psiquiatra su intención de asesinarla (Stanard y Hazler 1995). En España **no existe jurisprudencia relevante sobre la materia**, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde no solo hay sentencias de uno u otro signo sino incluso leyes estatales (Rose 2001). Estas últimas no obligan sino que permiten a los profesionales de la salud informar a terceras personas de que se encuentran en una situación de ‘riesgo significativo’ de infectarse por el VIH (Gostin 2004: 47).

En los años analizados, sólo han sido 4 las consultas en la CLFD sobre este tema. La literatura muestra que en los países con grandes ingresos son muy pocas las personas que mantienen su estado de salud completamente en secreto, aunque sí se aprecian más dificultades en desvelar el estado serológico a la pareja sexual (Obermeyer *et alii* 2011: 1018).

En España, la regla general en el ámbito sanitario la marca la Ley 41/2002 determinando la **confidencialidad de la información clínica**, la cual sólo se puede comunicar al titular de la misma, salvo que éste consienta expresa o tácitamente que se puede comunicar a terceras personas, incluidas aquellas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. De esta manera se configura tanto el **derecho del paciente al secreto médico** (p.e. art. 10.3 Ley 14/1986) como la **obligación de guardar el secreto profesional**, esto es, la obligación que tienen los profesionales (de la salud) de mantener en secreto, de no divulgar ni revelar, aquella información de la que tienen conocimiento sobre el estado de salud de una persona que se la ha revelado para poder obtener la prestación o servicio que aquéllos ofrecen (Ortega Lorente 1999: 48). Esta posición

podemos encontrarla en el Auto 600/1989 del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico segundo, cuando afirma que «el secreto profesional, en cuanto justifica por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutelar sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza. Ello adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la medicina y el paciente, basada firmemente en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el secreto profesional sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes».

Tal y como ya se ha comentado con anterioridad, ningún derecho, e inclusive ninguna obligación, es absoluto por lo que es preciso saber **bajo qué circunstancias y qué motivos pueden justificar que ceda el derecho al secreto profesional o la obligación de guardar el secreto profesional**. Así, en el Derecho español existen supuestos en los que la ley obliga al médico a declarar determinadas enfermedades o a comparecer ante los tribunales para dar a conocer información sobre uno de sus pacientes. Así, sin ir más lejos, la propia Ley 41/2002 en el artículo 16.3 señala que la obligación de disociar datos clínicos y datos personales en la historia clínica se exceptúa cuando se trata de un supuesto de investigación de la autoridad judicial. De igual forma, «cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos».

Pues bien, como señala Noelia de Miguel, «una vez establecido el carácter relativo del secreto médico surge la dificultad de determinar en qué supuestos se considera exceptuada esta obligación; operación que ha de realizarse cuidadosamente ya que se corre el riesgo de desvirtuar el sentido de este principio de necesario cumplimiento para el correcto desarrollo de la relación médico-paciente» (De Miguel 2002: 102). La respuesta a este interrogante no se encuentra desgraciadamente en la legislación vigente, lo cual ahorraría muchos quebraderos de cabeza. En efecto, mientras que el Código Penal castiga el descubrimiento y la revelación de secretos y la

Ley 41/2002 contempla la obligación de guardar el secreto profesional, no es posible encontrar ninguna norma jurídica en la que expresamente se excepcione la obligación o se destipifique la acción de desvelar el estado de salud de una persona que puede causar daño no a la salud pública sino de una tercera persona concreta. Sí es posible, en cambio, encontrar tal respuesta en el artículo 30 del *Código de Deontología Médica*, dictado en 2011 por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, donde se enumeran una serie de supuestos en los que el médico puede excepcionar el secreto profesional en sus justos límites. Entre esos casos está cuando «**si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo**». En ese caso, el profesional sanitario tendría el deber deontológico de informar a terceras personas que se puedan ver perjudicadas, más si cabe cuando dicho perjuicio es, como ya se ha señalado con anterioridad, un hecho punible. En ese caso, el profesional (sanitario) que conoce que una persona con VIH puede ocasionar lesiones a una tercera persona, identificada o identificable, por no comunicarle su estado serológico, debería comunicar a esa tercera persona el riesgo que existe de sufrir un daño, que, como ha señalado el Tribunal Supremo, debería ser grave. Como su acción implica quebrantar un deber y dicho quebrantamiento podría dar lugar a una denuncia o querrela, **antes de realizar esa comunicación deberá agotar otras vías u opciones menos lesivas** en el derecho a la intimidad de las personas con el VIH porque ya sabemos que las personas con el VIH no están obligadas a revelar su estado serológico si asumen el deber de utilizar las MUPT, e incluso se ha demostrado que tienden a practicar sexo seguro para evitar la revelación (Kalichman y Nachimson 1999).

Antes de revelar la información del estado de salud, se debe determinar que no hay una alternativa razonable, y sólo debe revelarse la información necesaria, relevante y verificable (Stanard y Hazler 1995: 397). La ruptura de la confidencialidad debe ser el último recurso (Posey 1988). La gradualidad del proceso también busca proteger la posición del profesional sanitario ya que **su posible defensa debería basarse en la existencia de un error de tipo o un error de prohibición** (art. 14 CP: «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados») **o en la existencia de un estado de necesidad** (art. 20.5 CP: «Están exentos de responsabilidad penal (...) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse»).

Se trata, por lo tanto, de realizar una tarea de cuidado razonable, no comunicando automáticamente pues cada situación debe evaluarse individualmente (Stanard y Hazler 1995: 400).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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 intimidad personal. 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.

Las conclusiones más específicas son:

1. 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.
2. 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.
3. Las personas con el VIH tienen reconocido el derecho a la intimidad personal, en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. En especial, en lo referido a los datos sanitarios pues el VIH aporta información no solo sobre el estado de salud sino también sobre comportamientos íntimos.
4. 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.
5. 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 intimidad son ponderadas y cumplen con los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.
6. Las personas con el VIH no están obligadas a declarar sobre su estado de salud a su pareja sexual, ya sea estable o esporádica, siempre y cuando utilicen las MUPT. Si las MUPT no se utilizan o fallan, creándose una situación de riesgo de transmisión del virus, entonces sí tiene la obligación de revelar su estado de salud para que, en su caso, puedan adoptarse las medidas PPE.
7. Si no se produjese la revelación del estado serológico, entonces se podría estar realizando el tipo penal, ya sea el del artículo 149 CP o el del artículo 152 CP.
8. Si una persona sin el VIH consiente en mantener relaciones sexuales con o sin protección, sabedora del estado de salud de su pareja, y se produjese la seroconversión, entonces no se realizaría el tipo penal.

CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

9. Una empresa de seguros tiene derecho a preguntar sobre el estado de salud de una persona, que pretende contratar un seguro, para poder calcular la prima que sea suficiente.

10. La persona que pretende contratar un seguro tiene el deber de contestar a las preguntas concretas que se formulen en un formulario pero no tiene el deber de declaración espontánea.

11. Las personas con el VIH que tengan reconocida la condición de ‘persona con discapacidad’ y sientan que son discriminadas en la contratación de un seguro por su condición de discapacitado pueden presentar una reclamación ante la propia aseguradora y ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o una demanda por violación del artículo 14 CE.

12. Los exámenes médicos en el ámbito laboral, la declaración sobre el estado de salud en el ámbito educativo o la obligación de notificar la seroconversión no son obligatorios. Sólo son obligatorios si una ley así lo disponen y se concluye que dicha restricción al derecho a la intimidad personal sobre los datos de salud es proporcional al riesgo, existe un interés preponderante o una situación de necesidad objetivable. De igual forma, la prueba de detección del VIH sólo podrá incluirse si es indispensable por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización. El VIH debería afectar a las funciones esenciales del puesto de trabajo o de los estudios de Grado o Posgrado que se realicen se incluya la realización de procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a la transmisión del virus que puedan afectar a la salud de terceras personas.

13. Un profesional (sanitario) debe guardar la confidencialidad de los datos de salud de las personas con el VIH a las que presta asistencia. Sólo puede romperse este deber de confidencialidad si con su silencio diera lugar a un perjuicio grave al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo.

14. El proceso de quiebra del deber de confidencialidad debe ser individualizado y progresivo para que pueda utilizarse como justificación el estado de necesidad o el error de tipo o de prohibición.

Las recomendaciones serían:

1. Se debería ampliar el concepto de ‘persona con discapacidad’ para incluir a las personas con el VIH que no puedan obtener el reconocimiento de al menos un treinta y tres por ciento de discapacidad.

2. Se debería mejorar la formación en materia de VIH y derechos humanos.

3. Se debería mejorar en la utilización de las MUPT.

4. Se debería asegurar el acceso al tratamiento antirretroviral a todas las personas que lo necesiten como medida de prevención y para reducir el riesgo comunitario de transmisión.
5. Se debería destipificar como delito la transmisión no dolosa del VIH ya que la responsabilidad es compartida debido a la disponibilidad de test rápidos de detección.
6. En tanto en cuanto no se logre la recomendación 1, se debería reformar la legislación que permite la discriminación de las personas con VIH en la contratación de seguros.
7. Se debería incentivar que las aseguradoras actualicen sus riesgos actuariales para lograr un mercado de seguros más justo, equitativo y no discriminatorio.
8. Se debería incidir en la no obligatoriedad de los reconocimientos médicos, en especial si incluyen las pruebas de detección del VIH, y en la no obligatoriedad de la declaración de la seroconversión, salvo en los casos en que entre las funciones esenciales del puesto de trabajo o de los estudios de Grado o Posgrado que se realicen se incluya la realización de procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a la transmisión del virus que puedan afectar a la salud de terceras personas.
9. Se debería aumentar las inspecciones de la ITSS en esta materia, obligando a los empleadores públicos o privados a que retiren de sus procesos de selección pruebas médicas que no son pertinentes o adecuadas.
10. Se debería determinar mediante una norma con rango de ley los supuestos en que un profesional (sanitario) puede romper el secreto profesional, en especial para proteger la salud de terceras personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Gonzáles, 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 (directoras), Madrid: Dykinson.
- Burris, S.; Weait, M. (2011), “Criminalization and the moral responsibility for sexual transmission of HIV”, working paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law, 7-9 July 2011, accesible en <http://ssrn.com/abstract=2126714>
- Cohen, M.S. et alii (2011), “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antirretroviral Therapy”, *New England Journal of Medicine*, vol. 365, nº 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 alii (2010), *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Madrid: Dykinson.
- De Miguel, N. (2002), *Secreto Médico, Confidencialidad e Información Sanitaria*, Madrid: Marcial Pons.
- Del Romero, J. et alii (2010), “Combined antiretroviral treatment and heterosexual transmission of HIV-1”, *BMJ*, 340, doi:10.1136/bmj.c2205
- Domínguez, P. (2015), “Contrato de seguro vinculado a un préstamos hipotecario: el deber de declaración del riesgo del tomador constituye un deber de contestación o respuesta a las preguntas formuladas por el asegurador”, Centro de Estudios de Consumo, accesible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/03/Contrato-de-seguro-de-vida-vinculado-a-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario.pdf>.
- 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.
- Fried, C. (1968), “Privacy”, *Yale Law Journal*, 77, pp.
- Galletly, C.L.; Pinkerton, S.D. (2006), “Conflicting Messages: How Criminal HIV Disclosure Laws Undermine Public Health Efforts to Control the Spread of HIV”, *Aids Behaviour*, 10, pp. 451-461.
- 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.
- 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.
- Lazzarini, Z. et alii (2013), “Criminalization of HIV transmission and exposure”, *American Journal of Public Health*, vol. 103, nº 8, pp. 1350-1353.
- Luzón Peña, D.M. (2012), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F.; García Arán, M. (2010), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Obermeyer, C. Et alii (2011), “Facilitating HIV disclosure across diverse settings”, *American Journal of Public Health*, vol. 101, nº 6, pp. 1011-1023.
- Ortega Lorente, J.M. (1999), “El secreto profesional médico”, *Jueces para la Democracia*, 36, pp.
- Palacios, A. (2008), *El modelo social de discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca.
- Pérez Luño, A.E. (2003), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos.

Posey, E. (1988), “Confidentiality in an AIDS support group”, *Journal of Counselling & Development*, 66, pp. 226-227.

Quinn, T.C. et alii (2000), “Viral load and heterosexual transmission of human Immunodeficiency virus type 1”, *New England Journal of Medicine*, vol. 342, nº 13, pp. 921-929.

Sayles, J.N. et alii (2012), “Operationalizing treatment as prevention in Los Angeles county”, *AIDS Patient Care and STDs*, 26:8, pp. 463-470.

Stanard, R.; Hazler, R. (1995), “Legal and ethical implications of HIV and duty to warn for counsellors: Does *Tarasoff* apply?”, *Journal of Counselling & Development*, 73, pp. 397-400.

Weait, M. (2011), “Punitive Economies: The Criminalization of HIV Transmission and Exposure in Europe”, Paper Presented at *The Future of European Prevention Among MSM* (FEMP 2011), November 11, 2011, accesible en [www.academia.edu/1087609/Punitive Economies the Criminalization of HIV Transmission and Exposure in Europe](http://www.academia.edu/1087609/Punitive_Economies_the_Criminalization_of_HIV_Transmission_and_Exposure_in_Europe).

Werner, S. (2015), “Public Stigma and the perception of rights”, *Research in Developmental Disabilities*, 38, pp. 262-271.

Westin, A.F. (1970), *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum.