



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

Miguel Ángel Ramiro Avilés

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

Paulina Ramírez Carvajal

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



Coordinadora estatal
de VIH y sida

RESUMEN

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

ABSTRACT

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

PALABRAS CLAVES

Discriminación, igualdad, enfermedad, VIH, Clínica Legal

KEY WORDS

Discrimination, Equality, Illness, HIV, Legal Clinic

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. El VIH desde el modelo social de la discapacidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1 El derecho a la igualdad y la no discriminación

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

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

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

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

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

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

No obstante, la referencia a la igualdad del artículo 14 CE debe completarse con la que contiene el artículo 9.2 CE. Este artículo afirma que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

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

El artículo 14 CE establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, lo cual impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. No obstante, con ello no proscribire todo trato diferenciado pues cabe tal diferenciación siempre y cuando exista una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Por tanto, los/las ciudadanos/as podemos recibir un trato diferenciado si ello no constituye una de las discriminaciones contempladas en el artículo 14 de la Constitución. De esa forma sólo existe discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin una razón bastante que justifique esa diferencia de trato. Así, las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la CE y cuando, además, las normas que crean la diferencia muestren una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

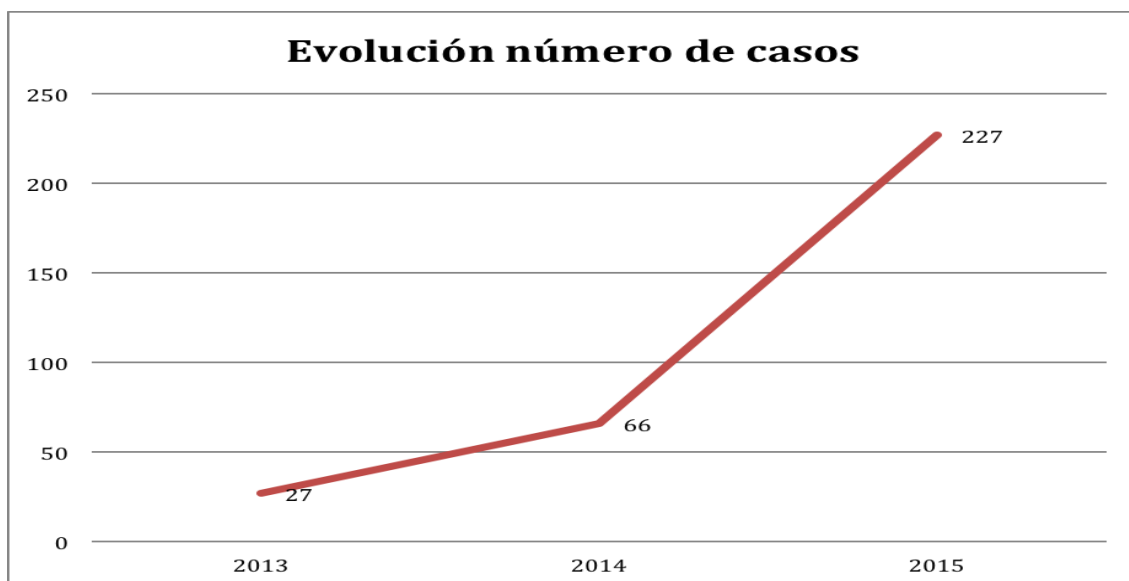
confirmó que puede reducirse la transmisión sexual del VIH en las parejas serodiscordantes cuando una de ellas con una carga viral suficientemente alta inicia el tratamiento antirretroviral de forma inmediata. Esto se debe a que el tratamiento farmacológico del VIH reduce la carga viral, en muchos casos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

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

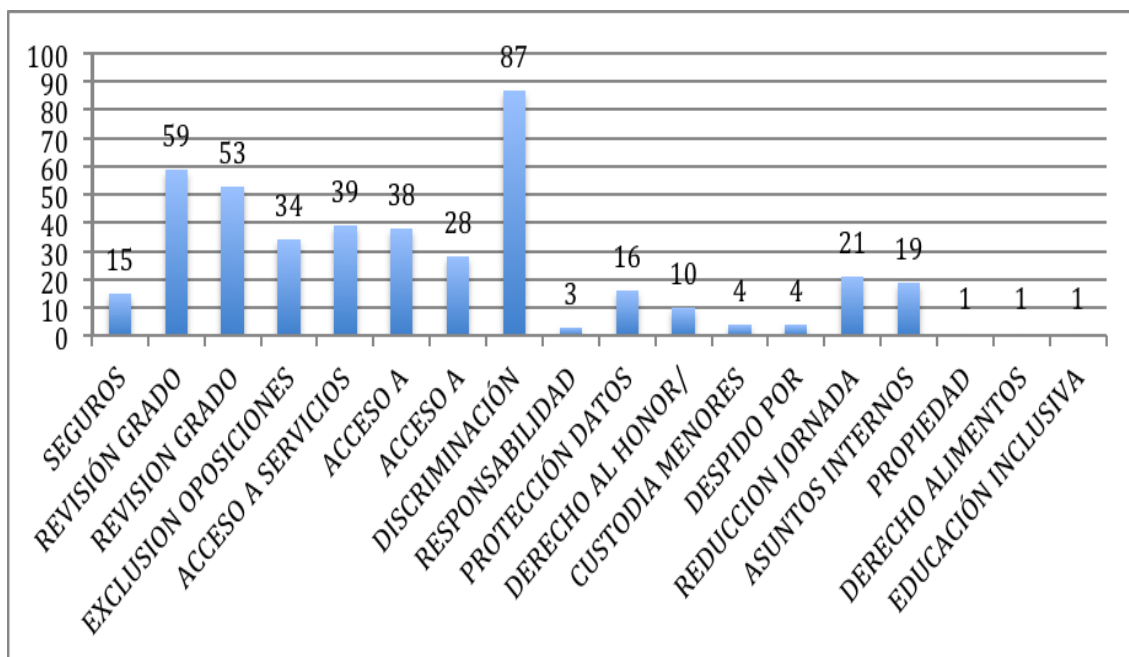
Ambos casos, la generalización y la especificación, permiten que las personas con el VIH accedan a los derechos en igualdad de condiciones. En general, la accesibilidad es una discusión que concierne a todas las personas pues con ella se construye el entorno social y de ella depende la idea de autonomía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

3. LOS CASOS DE LA CLFD

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



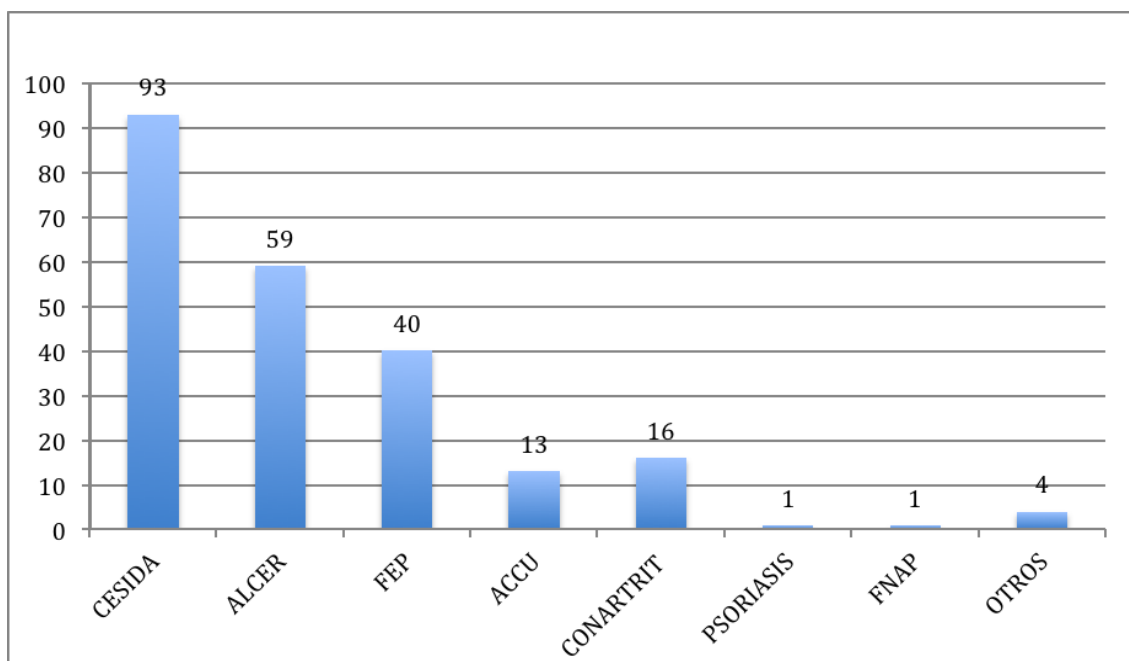
Los temas de estas consultas son muy variadas, como se desprende del siguiente gráfico



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

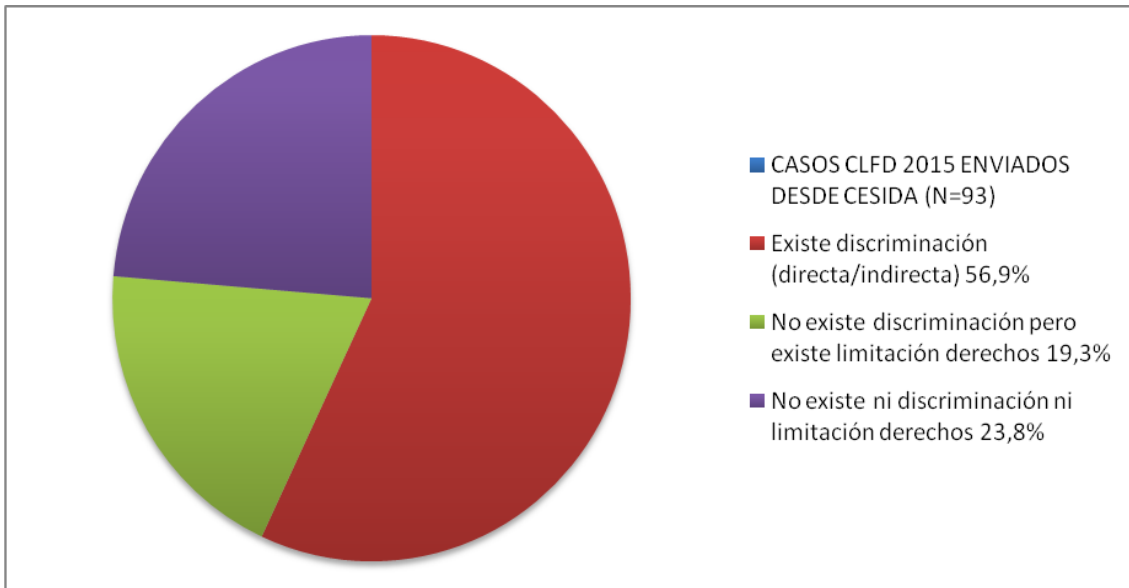
Las consultas que han llegado a la CLFD manifiestan la **existencia de una barrera actitudinal frente a las personas con el VIH pues se sigue considerando que son un ‘peligro social’** y que es necesario limitar su derecho a la igualdad y la no

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

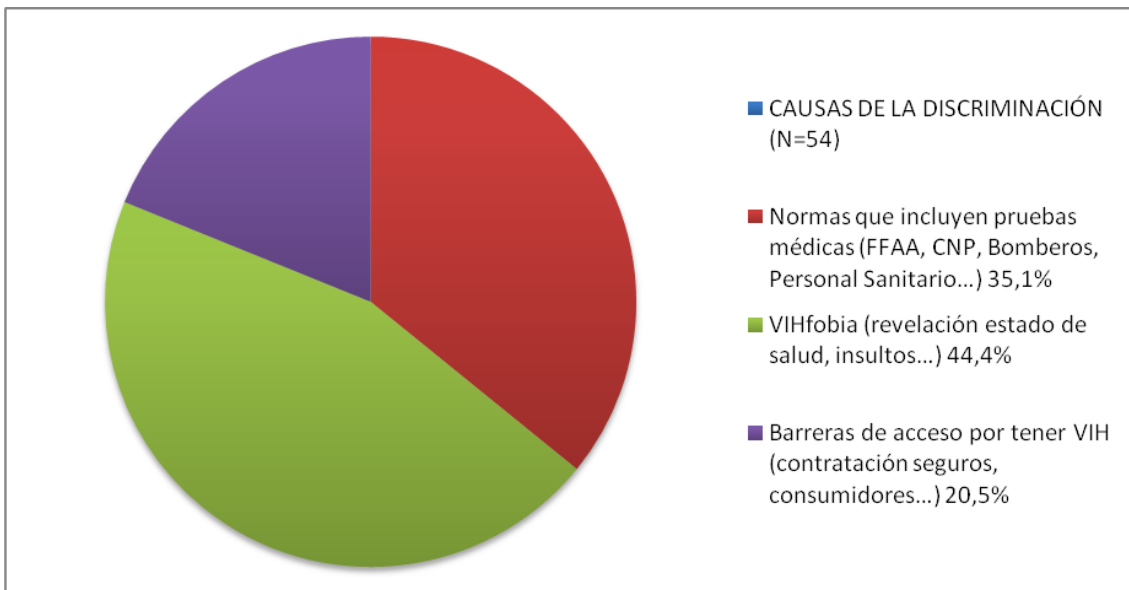


De los 93 casos recibidos en la CLFD por usuarios con el VIH que alegaban ser víctimas de una discriminación, una vez estudiado y realizado el dictamen final, se ha determinado que solo el 56,9%, es decir, 54 casos en los que efectivamente se había producido una situación de discriminación por razón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

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



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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CONCLUSIONES

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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