



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

CLINICA JURÍDICA DE VIH/SIDA

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

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

I

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

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

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

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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