

# ¿POR QUÉ UNA CLÍNICA LEGAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON EL VIH?

Miguel A Ramiro Avilés, Ph.d.<sup>a</sup>  
Paulina Ramírez Carvajal, LL.M.<sup>b</sup>

## INTRODUCCIÓN

En este texto se explica la razón por la que es útil y necesaria una clínica legal sobre los derechos de las personas con el VIH y cómo se trabaja en la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (en adelante CLFD) que está especializada en el tema de los derechos de las personas con una enfermedad crónica o con una discapacidad, entre las que se incluyen a las personas con el VIH. En el primer apartado se expone qué es una clínica legal, cuál fue su origen y qué funciones cumple, destacando sobre todas ellas la función social. En el segundo apartado se explica la razón por la que es útil y necesaria una clínica legal especializada en los derechos de las personas con el VIH y qué implica enfocar el VIH desde el modelo social de la discapacidad. El tercer apartado se dedica a describir cómo es el trabajo en la CLFD y a exponer un caso en el que el derecho a la intimidad de las personas con el VIH está en juego pues se pretende que éstas tengan una obligación genérica de desvelar su estado de salud sometiéndose a pruebas de detección del virus para optar a trabajos en los que no existe riesgo de transmisión o en los que bastaría con adoptar las medidas universales de prevención de la transmisión.

## 1. ¿QUÉ SON LAS CLÍNICA LEGALES?

Las clínicas legales nacieron a finales del siglo diecinueve y principios del siglo veinte en las Facultades de Derecho de Estados Unidos de América con una serie de programas individuales de asistencia legal donde los/as estudiantes trabajaban como voluntarios (Witker 2007: 182). No es hasta la década de 1930 cuando varios académicos comenzaron a criticar el sistema de enseñanza del Derecho que seguían las facultades norteamericanas de Derecho basado en el *método de casos* propuesto por Christopher Langdell, quien decía que el Derecho era una ciencia y todos los materiales necesarios para su desarrollo se encontraban en los libros (Witker 2007: 182-3). Como señala Stephen Wizner, «Langdell proposed the creation of a ‘science of law’ in which students would study the actual decisions of appellate courts, and, on the basis of what appellate courts had done in the past, would learn to predict what courts would do in the future when confronted with similar or analogous legal disputes» (Wizner 2001: 1930-1). El problema de este sistema de educación legal era (y es) que es estático e irreal. Como explica Stephen Winzer, es estático porque «it focused entirely on past judicial decisions and not on the underlying principles and methods of legal thought and law reform»; es irreal porque «the law is constantly growing and changing in ways that

---

<sup>a</sup> Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Coordinador de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá.

<sup>b</sup> Estudiante de Doctorado, Clínica Legal de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá.

cannot be predicted through the study of past appellate court opinions» (Wizner 2001: 1931).

El nuevo sistema de enseñanza legal clínica fue extendiéndose poco a poco debido a que los/as profesores/as de las universidades norteamericanas entendieron que era importante enseñar a los/as estudiantes a cómo ser abogados mientras ayudaban a personas sin recursos a defender sus derechos e intereses en verdaderos procesos judiciales.

En palabras de Stephen Wizner, «on the most basic level, the law school clinic is a teaching law office where students can engage in faculty-supervised law practice in a setting where they are called upon to achieve excellence in practice and to reflect upon the nature of that practice and its relationship to law as taught in the classroom and studied in the library. It is a method of teaching law students to represent clients effectively in the legal system, and at the same time to develop a critical view of that system. Law students in the clinic learn that legal doctrine, rules, and procedure; legal theory; the planning and execution of legal representation of clients; ethical considerations; and social, economic and political implications of legal advocacy, are all fundamentally interrelated. It is the explicitly pedagogical aspects of clinical legal education that distinguish it from the work that law students perform in law offices while attending law school. The law school clinic provides an instructional program, physically located within the law school building, and intellectually situated within the law school curriculum. It is an integral part of the law student's legal education» (Wizner 2001: 1930). Así, una definición simple y sencilla sería la siguiente: una clínica legal es un método de enseñanza superior del Derecho que está basado en casos reales (de interés social o comunitario) para iniciar a los/as estudiantes en la práctica profesional mediante la supervisión de profesores/as (Witker 2007: 189).

La clínica legal permite que se desarrolle en los estudios universitarios superiores una nueva forma de aprendizaje del Derecho que facilita a los/as estudiantes a meterse en el rol de abogado y también les hace aprender de su propia experiencia, consiguiendo que en el futuro tengan mayor habilidad para representar a sus clientes (Abramovich 1999: 1). Al mismo tiempo, la clínica legal presta un servicio a la comunidad. La clínica legal conjuga, por lo tanto, una metodología de enseñanza del Derecho a través de la práctica con asuntos reales de interés social. Esas dos funciones, la educativa y la social, son elementos esenciales pues permiten a la Universidad involucrarse en los asuntos jurídicos que afectan a su comunidad e innovar en el método de enseñanza jurídica. Como señala Frank Bloch, el acceso a la justicia «is inherent in the clinical methodology, which seeks to prepare students for the practice of law as competent and professionally responsible lawyers while delivering legal services and promoting social justice. Clinical programs worldwide place students face to face with what are often glaring inequalities in access to justice; in effect, legal systems lacking accessibility to justice provide the material around which a clinical curriculum for empowering future lawyers committed to full access for all can be built» (Bloch 2008: 111).

En las clínicas legales se desarrollan una serie de competencias y habilidades que no siempre se encuentra presente en los planes de estudios convencionales, en especial durante el Grado. Se sensibiliza y se forma a los/as estudiantes en la ética profesional, que se caracteriza por el compromiso social pues se facilita el acceso a la

representación legal en diferentes ámbitos. En este sentido, el aprendizaje clínico debe estar vinculado con cuestiones de interés público. De esta forma se desarrolla una auténtica función social ya que la comunidad en la que se inserta la Universidad, se beneficia del trabajo de los/as estudiantes, de los/as profesores/as y de la propia Universidad. Las clínicas legales cumplen con una función social puesto que es una gran ayuda para la población de escasos recursos o que está en una especial situación de vulnerabilidad que acude en busca de asesoramiento legal. Dichas personas o colectivos de personas obtienen un asesoramiento legal gratuito por parte de estudiantes, tutorizados por profesores/as, a la vez que los/as estudiantes aprenden a solucionar un asunto real. Se ejerce así la tarea de ‘conciencia social’ que debe realizar la Universidad pública, o la responsabilidad social que debe cumplir la Universidad, desvelando los principales problemas de nuestra sociedad, aportando soluciones a los mismos y tratando de superar la brecha que existe entre el Derecho y la justicia material (Ikawa 2013: 304).

Independientemente de la concreta forma de clínica adoptada, es un requisito indispensable para poder hablar de clínica legal la voluntad de servicio a la comunidad (Bloch y Noone 2013: 247). Tradicionalmente, las clínicas legales, más allá de su función formativa, han querido servir también para potenciar la función social de la Universidad interviniendo con carácter gratuito en aquellos ámbitos en los que los derechos y las garantías de los ciudadanos se pueden ver más comprometidos (inmigración, prisiones, derechos humanos, medio ambiente ...), ya que esto favorece la toma de conciencia por parte de los/as estudiantes de Derecho de la trascendencia social de su futura profesión, factor que estimula el aprendizaje y hace que sea de mayor calidad. Stephen Winzer señala la importancia que tiene la función social de la clínica legal cuando afirma que el fin educativo es muy ambicioso porque pretende sacar a los/as estudiantes del aula para lanzarlos hacia «the real world of law (...) it was to teach law students about the actual functioning (and malfunctioning) of the legal system, and to instil in them the value and duty of public service [...] It is a basic assumption of clinical legal education that students can be motivated to learn by being given the responsibility for assisting real clients with their legal problems. As the student becomes aware of the reality of a client’s legal situation, and how important legal representation is to the resolution of the client’s problems, the student will become ever more conscious of her responsibility to the client [...] As the student realizes that, in all likelihood, the client would not have access to legal assistance but for the law student and the clinic, her consciousness is raised [...] This awakening to a sense of social responsibility occurs when students represent low-income clients who are seeking to protect their basic interests in income, liberty, or fairness [...] What do students learn from representing clients in the law school clinic that they would not learn from their regular academic courses? First and foremost, they learn that many social problems, like poverty, can be seen and acted upon as legal problems. Second, they learn that legal representation is as necessary to the resolution of complex legal problems of the poor as it is to those of the affluent. Third, they learn to develop and apply legal theory through the actual representation of clients. Fourth, they learn to use the legal system to seek social change. And finally, they learn the limits of law in solving individual and social problems. Through this experience the students are required to confront social and economic injustice, and to act on the professional obligation of lawyers to engage in public service and to provide legal assistance to those who cannot afford to pay for it. These are all important intellectual and ethical lessons for law students to learn» (Winzer 2001: 1934-5).

## **2. ¿POR QUÉ UNA CLÍNICA LEGAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON EL VIH?**

Una clínica legal especializada en los derechos de las personas con el VIH se justifica porque las personas con el VIH, tanto si son sintomáticas como asintomáticas, se enfrentan a numerosos problemas sociales y jurídicos. La lucha contra la epidemia debe hacerse a través de la Ciencia y la Medicina para prevenir y tratar el VIH, y a través de la Ética y el Derecho para evitar la injusticia social (Gostin 2004: 56). Esta lucha ha tenido mejores resultados en un campo que en el otro pues a pesar de los avances en el ámbito médico, la sociedad no ha evolucionado y se sigue discriminando a este colectivo. Los avances terapéuticos no se han traducido en un progreso de idéntico nivel en materia de derechos. Las personas con el VIH siguen percibiendo que no disfrutan de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Así, aunque son titulares de los derechos, siguen siendo discriminados por razón de su estado serológico. Esta discriminación se produce en dos niveles: en primer lugar está la discriminación en contextos familiares o comunitarios; en segundo lugar está la discriminación en contextos institucionales plasmada en políticas y prácticas institucionales o en la falta de políticas antidiscriminatorias o de procedimientos de reparación (Álvarez 2011: 156).

La protección de los derechos de este colectivo de personas es 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 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). 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).

El 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. Es la sociedad la que discapacita a las personas estableciendo barreras (arquitectónicas, actitudinales, institucionales) o políticas paternalistas, bien porque esas personas pueden tener alguna deficiencia física, sensorial, intelectual o psíquica o bien porque se les atribuye dicha deficiencia. Esta conceptualización de la discapacidad conlleva a reconocer y respetar la identidad y diversidad personal como un elemento consustancial de la propia identidad y diversidad humana. Asimismo importa asumir la responsabilidad de asegurar, tanto por parte del Estado como por parte de la sociedad, que los derechos sean ejercidos sin discriminación por motivo de discapacidad.

Como es sabido, otros modelos de tratamiento de la discapacidad consideran que las dificultades que las personas encuentran para participar plenamente en la sociedad están ocasionadas por sus limitaciones individuales (Palacios 2008: 66). Desde esta visión, la atribución de la discapacidad depende de la detección de determinadas deficiencias y de su gravedad y las respuestas sociales que se arbitran se centran en la

persona individualmente considerada y se dirigen básicamente a su rehabilitación, asistencia y protección social. En estas coordenadas, la normalización de la persona se presenta como un paso previo y una condición imprescindible para su integración social. Por esta razón se considera como algo ‘natural’ que aquellos individuos que no logran superar sus ‘desviaciones’ encuentren restricciones en su participación en la vida comunitaria y en el ejercicio de sus derechos; restricciones que no se perciben como un caso de discriminación sino como un efecto inevitable derivado de las deficiencias que estas personas padecen (Cuenca 2012: 30-31). Así, bajo este modelo, se justifica que las personas con el VIH deban declarar obligatoriamente su estado de salud a aquellas personas con las que se relacionen ya que sus derechos a la intimidad personal y a la confidencialidad de sus datos sanitarios deben restringirse por el simple hecho de su seropositividad al VIH. Se entiende como algo normal que las personas con el VIH tengan dicha restricción pues se salen del parámetro de normalidad al ser ‘portadores’ de una enfermedad que es grave e incurable, lo que les convierte en un ‘peligro social’.

Frente a esta visión, el modelo social entiende que la discapacidad no está originada 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). El modelo social de la discapacidad aspira a 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. El modelo social debe lograr la normalización de las personas con discapacidad, 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 discapacidad 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 (De Asís Roig *et al* 2007: 24). El modelo social abogaría por una visión de la discapacidad desde los derechos humanos por la cual las personas con discapacidad son sujetos de derechos y no simples objetos de políticas públicas asistencialistas (Quinn y Degener 2002).

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

Una barrera es «todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno/os de los ámbitos de la vida social» (De Asís Roig *et 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 debe declarar su estado serológico porque se considera que su estado de salud es un peligro significativo para la salud de sus compañeros de trabajo o para terceras personas. La barrera actitudinal se construye sobre un prejuicio, un estereotipo negativo, basado en una información incompleta e incorrecta sobre las vías de transmisión, el riesgo o los avances terapéuticos.

Las barreras actitudinales con las que se enfrentan las personas con 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 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 intimidad o su derecho a la confidencialidad de los datos de carácter sanitario. La estigmatización conlleva discriminación ya que se les van a imponer una serie de restricciones en el ejercicio de sus derechos que son excesivas pues existen otras medidas menos lesivas. Se les va a imponer un curso de acción que es diferente al que va a seguir el resto de los ciudadanos, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional.

La adopción del modelo social de discapacidad debe llevar consigo un concepto amplio de discapacidad (Center y Imparato 2003). Este concepto amplio incluye todas las situaciones caracterizadas por la limitación o imposibilidad de ejercitar una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir 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 concepto amplio de discapacidad incluiría tanto a las personas que tienen una discapacidad, como consecuencia de una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental, cuanto a las personas que la sociedad les atribuye o considera que tienen una discapacidad y, por ende, una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental. En ese concepto amplio de

discapacidad las personas con el VIH estarían incluidas<sup>1</sup>. Desde la óptica social y el concepto amplio de discapacidad, se tiene en cuenta la interacción entre las personas con el VIH y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas. Las personas con el VIH están condicionadas por un complejo conjunto de factores, muchos de los cuales son creados por el contexto social y muchos de los cuales no son reales sino simples estereotipos. Esa barrera actitudinal dificulta el acceso a la justicia y el disfrute de sus derechos.

El estigma y discriminación que sufren las personas con el VIH se manifiesta en todos los países y regiones del mundo<sup>2</sup>, creando importantes obstáculos que impiden que se puedan prevenir nuevas infecciones, aliviar el impacto de la enfermedad y proporcionar asistencia, tratamiento y apoyo adecuados, ya que el estigma y el miedo a ser discriminado hace que las personas que viven con esta enfermedad oculten su estado serológico y está comprobado que en las sociedades donde se garantizan los derechos humanos de manera efectiva disminuyen los casos de infección y también el nivel de personas con la enfermedad es más bajo.

Para reducir el impacto negativo que provoca esta enfermedad sobre los propios enfermos y también para garantizar sus derechos son precisos recursos legales como los que ofertan las clínicas legales (Gibson 2011). Para los (futuros) abogados defensores de clientes con el VIH es importante conocer las condiciones necesarias para la transmisión de la enfermedad y los medios para evitarla, además deben conocer los cambios producidos en el tratamiento de la enfermedad, ya que hoy en día con una buena terapia con antirretrovirales se consigue que la enfermedad sea tratable<sup>3</sup>. Es muy importante que conozcan todo esto pues muchas leyes criminales e instancias de acusación dependen de la ignorancia sobre los riesgos de transmisión del VIH. Hoy en

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, la reforma de la *American with Disabilities Act* de 2008 se hizo para incluir a aquellas personas que eran discriminadas porque se les atribuía una discapacidad que no tenían o que eran discriminadas porque eran asociadas a una persona con discapacidad, lo que permitió volver a incluir a las personas con el VIH que eran asintomáticas (Wisner 1998; Mayer 1999-2000).

<sup>2</sup> Respecto a la situación del VIH/Sida en la República Dominicana pueden consultarse las páginas y publicaciones del Consejo Nacional para el VIH y el Sida ([www.conavihsida.gob.do/](http://www.conavihsida.gob.do/)), de la Dirección General del Control de las Infecciones de Transmisión Sexual y Sida ([www.digecitss.gob.do/](http://www.digecitss.gob.do/)), del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ([www.do.undp.org/content/dominican\\_republic/es/home/ourwork/hiv\\_aids/overview.html](http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/ourwork/hiv_aids/overview.html)) y de ONUSIDA ([www.unaids.org/es/regionscountries/countries/dominicanrepublic](http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/dominicanrepublic)). Es de resaltar la existencia de una ley específica, la 35-11 del Congreso de la Nación, que tiene como objeto, según el artículo 1, «crear un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos de las personas con el VIH o con SIDA, consagrados en la Constitución de la República Dominicana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las convenciones, los acuerdos internacionales y las leyes, mediante acciones de carácter integral, intersectorial e interdisciplinario» ([www.msp.gob.do/oai/Documentos/Leyes/LEY\\_135-11\\_MarcoJuridicoVIHSida\\_20141008.pdf](http://www.msp.gob.do/oai/Documentos/Leyes/LEY_135-11_MarcoJuridicoVIHSida_20141008.pdf)). De igual modo, una simple búsqueda en Google con los términos ‘VIH’ y ‘República Dominicana’ permite rescatar algunos titulares de prensa: ‘En República Dominicana hay más mujeres que hombres con VIH’ (<http://www.diariolibre.com/noticias/en-republica-dominicana-hay-ms-mujeres-que-hombres-con-vih-CMDL374240>), ‘Hay 100.000 infectados de VIH en República Dominicana’ (<http://www.eldiariony.com/miles-infectados-vih-dominicana>), o ‘El Sida, un serio problema en República Dominicana’ (<http://www.noticiassin.com/2013/06/el-sida-en-republica-dominicana/>).

<sup>3</sup> Es importante consultar el texto editado en 2011 por The Center for HIV Law & Policy y que lleva como título *Transmission Routes, Viral Loads and Relative Risks: The Science of HIV for Lawyers and Advocates*.

día los abogados deben entender y hacer entender a un juez o a un jurado que el VIH no es un arma mortal, puesto que se han producido grandes avances en el tratamiento de la enfermedad y se han realizado numerosos estudios que explican cómo minimizar los riesgos de transmisión.

### **3. VIH Y PRIVACIDAD EN LA CLFD**

La CLFD está especializada en los temas relacionados con el acceso a los derechos por parte de las personas con una enfermedad crónica o una discapacidad y colabora, entre otras organizaciones, con la Coordinadora Estatal de VIH/Sida (CESIDA), que es una organización compuesta por 85 entidades que representan a más de 120 organizaciones en todo el Estado español. La clínica legal inició su andadura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá en el curso 2012-2013 y es heredera de una experiencia previa en el Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid. A lo largo de estos 3 cursos académicos ha contestado a más de 200 consultas, de temas muy diversos pues ha habido consultas sobre el acceso a los seguros privados de salud o de vida; sobre la exclusión de los aspirantes con el VIH en determinadas ofertas públicas de empleo; sobre el acceso a tratamientos farmacológicos; sobre el mantenimiento por una persona con VIH del puesto de trabajo relacionado con la prestación de servicios sanitarios; sobre las pruebas médicas que se pueden requerir para acceder a un puesto de trabajo; sobre la responsabilidad penal de la no revelación del estado de salud a terceras personas, ya sean parejas estables o esporádicas, o de la transmisión accidental del VIH; sobre la responsabilidad penal de terceras personas que lesionan el derecho al honor y a la intimidad de las personas con el VIH.

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 VIH pues se sigue considerando que son un ‘peligro social’ y que es necesario limitar, condicionar, 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 VIH siguen sin disfrutar los derechos en igualdad de condiciones.

Las consultas se reciben a través del correo electrónico de CESIDA ([clinicalegal@cesida.org](mailto:clinicalegal@cesida.org)) o de la CLFD ([clinicalegal@uah.es](mailto:clinicalegal@uah.es)) y las personas que usan el servicio de la clínica reciben una respuesta automática en la que se les indica que su consulta ha sido recibida y que se les puede solicitar información o documentación adicional en caso de que el asunto sea admitido. Aquí comienza la formación de los/as estudiantes pues aprenden a plantear el asunto y a completar la narración de los hechos requiriendo nueva información o nueva documentación. Esto es muy importante en una clínica que no tiene asistencia directa y que, por lo tanto, pierde la riqueza de la inmediatez. En muchas ocasiones los correos electrónicos son muy escuetos, están mal redactados, tienen importantes lagunas en la narración o hacen planteamientos erróneos. Los/as estudiantes deben aprender a construir una determinada narración con los hechos pues de lo contrario será muy difícil aplicar bien las normas legales apropiadas. Eso es algo novedoso para ellos ya que hasta ese momento no se han enfrentado a casos reales sino a simulaciones en las que, en la mayoría de las ocasiones, está acotado el tema y se tienen todos los datos desde el principio. En las simulaciones, los/as profesores/as



plantean asuntos o problemas específicos y ejercen un control considerable; los casos reales, por el contrario, son impredecibles (Duncan y Kay 2013: 290)

Como ya se ha señalado, la CLFD sólo se ocupa de asuntos de interés comunitario, por lo que este es el primer filtro. Una vez aceptado el caso y completada la información y documentación requerida, comienza su estudio, lo cual conlleva una primera reunión (denominada reunión basal) en la que se discuten los hechos, la documentación aportada, se determinan las normas y se plantea el trabajo a realizar. La documentación recibida estará siempre a disposición de la persona que la envíe, no pudiendo los miembros de la clínica en ningún caso retenerla. El plazo de respuesta varía en función de la complejidad del caso y de los plazos que las personas que usan el servicio dispongan para presentar recursos, administrativos o judiciales, pero suele estar lista en una media de dos semanas. En la CLFD se hace una distribución de los asuntos en función de la materia y de la carga de trabajo que tienen tanto los/as estudiantes como los/as profesores/as que colaboran con la clínica. La respuesta se envía a través del correo electrónico y CESIDA pasa una encuesta de satisfacción del servicio. La CLFD no puede efectuar representación alguna ante órganos judiciales y/o administrativos, ni llevar a cabo otras actividades de litigación o mediación ante cualquier otra persona física o jurídica, por lo que en la respuesta siempre se señala si las acciones legales pueden hacerse con o sin abogado, si dada la complejidad del asunto es aconsejable acudir a un profesional aunque no sea necesario, si pueden acogerse al beneficio de la justicia gratuita. De igual manera, en la información que está disponible en las páginas web de CESIDA y de la CLFD se advierte que el servicio no es equiparable al que corresponde a un/a abogado/a en ejercicio y que dada la naturaleza de la labor realizada por Clínica Legal, absolutamente gratuita y que forma parte del proceso de formación del alumnado, los informes presentados no implicarán ni para la Universidad, ni para la Facultad de Derecho, ni para la Coordinación General de la CLFD, ni para los/as profesores/as que hagan la labor de tutoría, ni para los/as estudiantes, responsabilidad alguna por los daños que eventualmente pudieran derivar de la utilización en actuaciones judiciales y/o administrativas de dichos informes por parte de quien los encarga.

En el curso 2014-2015 el pico más alto de estudiantes ha sido de 32, contabilizando a los/as estudiantes del Master de Acceso a la Abogacía y a los/as estudiantes del Grado en Derecho, y han colaborado 14 profesores/as de diferentes disciplinas (Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Eclesiástico, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y Filosofía del Derecho). De igual modo han colaborado 4 expertos/as externos a la clínica legal que han asesorado en cuestiones médicas y farmacológicas sobre el VIH. Todos deben firmar un compromiso de confidencialidad y secreto respecto de la información y los datos de carácter personal que se manejan en cada uno de los asuntos.

Al inicio del curso, tanto los/as estudiantes como los/as profesores/as reciben una formación sobre cuestiones básicas de índole social, médico y farmacológico relacionadas con el VIH. 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 medidas universales de

prevención de la transmisión (en adelante MUPT)<sup>4</sup>, el grado de infectividad del VIH<sup>5</sup> o los últimos conocimientos y evidencias científicas sobre la enfermedad<sup>6</sup>. Desde la 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.

Las cuestiones legales (identificación de normas y jurisprudencia) se estudian al hilo de cada uno de los casos, una vez que se ha completado lo máximo posible el cuadro de los hechos. Los asuntos se trabajan de forma interdisciplinar pues rara vez llega un asunto en el que sólo esté implicada una rama del Derecho. Este trabajo interdisciplinar va acompañado de reuniones periódicas entre los/as estudiantes y los/as

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 alii* 2011). El ensayo HPTN 052 confirmó que puede reducirse la transmisión sexual del VIH en las parejas serodiscordantes cuando una de ellas con una carga viral suficientemente alta inicia el tratamiento antirretroviral de forma inmediata. Esto se debe a que el tratamiento farmacológico del 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 alii* 2012). En el ensayo se partía de investigaciones previas en las que se había demostrado que un mayor nivel de carga viral aumentaba el riesgo de transmisión heterosexual, mientras que no se producía la seroconversión cuando las personas tenían cargas virales indetectables o menores a 1500 copias/mL (Quinn *et alii* 2000: 927). En España también se cumple esta evidencia, tal y como se ha demostrado en un estudio observacional llevado a cabo entre 1989 y 2008 con 648 parejas serodiscordantes (Del Romero *et alii* 2010).

profesores/as que tutorizan los casos. En dichas reuniones se discuten tanto cuestiones relacionadas con los hechos como con los aspectos normativos, incluido los éticos, que pueden plantearse en el asunto.

El tema que traemos a colación y que ha sido resuelto por la CLFD es un buen ejemplo pues afecta a varias ramas del sistema jurídico español. ¿Existe la obligación de que las personas con el VIH declaren su estado serológico a terceras personas con las que mantiene algún tipo de relación, ya sea afectiva, contractual o laboral? En ese grupo de ‘terceras personas’ incluimos no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, como podría ser una compañía de seguros, y a los distintos organismos que componen la Administración pública. Se trata de averiguar, por lo tanto, qué extensión puede tener el derecho a la intimidad personal, en relación a los datos de salud, de las personas con el VIH; qué límites se pueden establecer al mismo, las razones que justificarían que una persona con el VIH estuviese obligada a someterse a pruebas de detección del virus; qué poder de disposición tiene una persona con el VIH sobre su derecho a la intimidad, qué acciones legales pueden emprender contra las actuaciones que invaden la privacidad. 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 MUPT y los avances en el tratamiento de la infección han dado lugar a una evidencia científica sobre los riesgos de la exposición al virus bajo diferentes circunstancias, llegándose a determinar de que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática la transmisión prácticamente nunca se produce.

Como ya se ha señalado, 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).

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

de individuos, grupos o instituciones». De igual forma, en el informe de ONUSIDA se proponen una serie de principios dirigidos tanto a las personas con el VIH o el Sida como a organizaciones e instituciones que deberían guiar la confidencialidad y la seguridad de la información sobre el VIH o el Sida.

En esta ocasión vamos a referirnos a los casos en que se discute la obligación de realizar los exámenes médicos en el ámbito laboral, en especial si incluyen la prueba de detección del VIH. Entre 2013 y 2015 hemos recibido 27 consultas que tenían como objeto la cuestión de si es obligatorio realizar los exámenes médicos en el ámbito laboral, ya sea como requisito previo a la contratación o como requisito durante la contratación, que incluían la prueba de detección del VIH. En ese cómputo excluimos aquellas consultas que se refieren a profesiones que por disposición legal requieren unas cualidades psicofísicas determinadas (militares, policías, bomberos). Estos últimos casos también han sido numerosos pues se han recibido 12 consultas. Por lo que respecta a la obligación de declarar la seroconversión al empleador, han sido 5 consultas las que han planteado esta cuestión, estando 2 de ellas relacionadas con personas con el VIH que prestaban sus servicios en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o en las Fuerzas Armadas. En el cómputo de los casos tampoco incluimos aquellas consultas, 11 en total, que tienen que ver con la transmisión iatrogénica del VIH y con la posibilidad de que una persona con VIH preste servicios de salud (médicos, cirujanos, dentistas, enfermeros), cuya respuesta normativa será diferente dependiendo de si se realizan o no procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental y pueden poner en peligro la salud de terceras personas.

El caso que queremos presentar es simple y típico: el de una persona con el VIH que se presenta a un proceso de selección de un puesto de trabajo que no tiene relación alguna con la prestación de servicios de salud, ni se requiere legalmente una determinada condición física, pero se le ha informado que debe pasar un reconocimiento médico en el que se incluye la prueba de detección del VIH. La persona que se dirige a la CLFD nos pregunta si tiene la obligación de someterse a dicho reconocimiento, si debe declarar al empleador que tiene VIH, si puede ser excluido del proceso de selección por ese motivo. En lo que sigue reproducimos una parte de la respuesta que se elaboró y que posteriormente fue parte de un informe general (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal 2015), obviando los aspectos procesales más específicos que se incluyeron en la respuesta.

En este caso y en otros similares no estamos cuestionando el tipo de intervención que se realiza sobre la persona con el VIH porque la realización de un análisis de sangre no consideramos que sea una prueba que lesione la intimidad corporal, aunque existen pruebas menos invasivas ya que no requieren ningún tipo de punción. Empero, cuestionamos, en primer lugar, la necesidad que tiene el empleador de conocer determinados datos sobre el estado de salud del empleado, cuando esos datos son irrelevantes para el desempeño de las funciones esenciales del puesto de trabajo; en segundo lugar, la obligatoriedad de realizar las pruebas médicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 196/2004, fundamento jurídico 5, llega a afirmar que sí puede existir una lesión del derecho a la intimidad personal aunque una determinada intervención (p.e. un análisis de sangre o de orina) no se considere una vulneración del ámbito de la intimidad corporal, pues culturalmente no se entiende que sea una intromisión forzada en la intimidad una actuación que, «por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se

realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona». La vulneración del derecho a la intimidad se derivaría de la obtención de una información sobre el estado de salud del trabajador que puede llegar a ser absolutamente irrelevante para el desempeño de las funciones esenciales de su puesto de trabajo. Como se señala en la misma sentencia y fundamento jurídico, «la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ella se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal».

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

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

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

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

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

El derecho reconocido en el artículo 18.1 CE impide las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad personal referidas al estado de salud y proporciona un poder de control sobre los datos de la salud que los titulares del derecho quieren que se conozcan por terceras personas. Se vulnerará, por lo tanto, el derecho a la intimidad personal cuando, según el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, fundamento jurídico 2, «la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida». En este mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 delimita el derecho a la intimidad

cuando reconoce que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso».

A tenor de lo expuesto, el derecho a la intimidad no sólo puede modularse por el consentimiento de la persona afectada sino que, como todo derecho, al no ser ni ilimitado ni absoluto puede ser sometido a restricciones contempladas en una ley (STC 198/2004, FJ 8). No toda revelación del estado de salud de una persona constituye una quiebra de su privacidad. La delimitación del derecho a la intimidad se hace pues, en primer lugar, por el consentimiento del propio titular. De esta forma se apela al principio de autonomía de la voluntad. Esto supone reconocer que la persona con el VIH es capaz de determinar el sentido de sus acciones conforme a decisiones racionales y no como consecuencia de imposiciones externas. La limitación es, en cambio, mediante una autorización legal. En ese sentido, cabe destacar, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 41/2002 cuando reconoce el derecho de los ciudadanos «a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud». Como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 70/2009, fundamento jurídico 3, aunque la Constitución «no prevé expresamente la posibilidad de sacrificio legítimo de tal derecho (...) ello no significa que sea un derecho absoluto (...) Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (...) A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida».

La existencia de autorización legal es un requisito necesario pero no suficiente ya que debe comprobarse que se ha realizado una ponderación adecuada entre el derecho a la intimidad y la protección de la salud pública o de terceras personas, que serían los intereses constitucionalmente protegidos; y que la limitación del derecho a la intimidad sea idónea y necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionada para alcanzarlo y respetuosa con el contenido esencial del derecho. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en las sentencias 234/1997, fundamento jurídico 9; 70/2002, fundamento jurídico 10; 25/2005, fundamento jurídico 6; y 206/2007, fundamento jurídico 6, debe garantizarse la «idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la

gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

La regla general en el ámbito laboral es que los exámenes médicos periódicos en el ámbito laboral son voluntarios y que las pruebas incluidas en los mismos deben ser aquellas que sean indispensables y pertinentes. La clave en este asunto es cómo se interpreta el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que es la base legal en la que se apoyan los reconocimientos médicos en el ámbito laboral.

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

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



Si se observan esos mismos caracteres y principios desde la óptica de las propias pruebas, tenemos que las exploraciones y analíticas que componen los controles médicos deben ser las indispensables y proporcionales al riesgo. Así, la prueba de detección del VIH sólo podrá incluirse porque sea indispensable conocer el estado serológico del trabajador en función de las tareas que desempeña, porque exista un riesgo cierto de transmisión y porque no exista una prueba alternativa. Esto es determinante en aquellos trabajos en los que la realización de las tareas esenciales del mismo depende del estado de salud de la persona. Un caso específico es el de las personas que presten servicios de salud en los que se realizan procedimientos invasivos sobre terceras personas con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión sanguínea<sup>7</sup>.

Si observamos los principios desde la óptica de la excepción, tenemos que los reconocimientos médicos sólo podrán ser obligatorios cuando resulten imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal. Al igual que en el caso anterior, un supuesto específico es el de las personas que prestan servicios de salud en los que se realizan procedimientos invasivos sobre terceras personas con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión sanguínea.

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

Esto supone, en el ámbito del VIH y las relaciones laborales, que el empresario tiene limitada su potestad para imponer un reconocimiento médico y que, aun en el caso de que el reconocimiento se pueda considerar como obligatorio, deberá justificar en el caso concreto la indispensabilidad de hacer la prueba de detección del VIH; que sólo será indispensable si no existen opciones alternativas de menor impacto en el contenido del derecho para la consecución de un interés preponderante. Así las cosas, sólo podrá

---

<sup>7</sup> Según el documento *Recommendations for Preventing Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B to Patients During Exposure-Prone Invasive Procedures*, editado por los Centers for Disease Control and Prevention, los procedimientos invasores con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea serían aquellos en los que las manos enguantadas del trabajador pueden estar en contacto con instrumentos cortantes, puntas de aguja, o fragmentos de tejidos punzantes o cortantes (espículas de huesos, dientes) situados en el interior de una cavidad abierta del cuerpo, herida o espacio anatómico, o aquellos en los que las manos o las puntas de los dedos pueden no estar completamente visibles durante todo o durante una parte del procedimiento.

imponerse la realización de las pruebas del VIH cuando la adopción de las MUPT no sea suficiente para evitar un riesgo cierto o una situación de peligro en la salud de terceras personas. Si únicamente se trata de evitar un riesgo en la salud del propio sujeto, el Tribunal Constitucional ha concluido que «la obligatoriedad no puede imponerse».

## CONCLUSIÓN

Las clínicas legales, además de ser una nueva metodología de enseñanza del Derecho, más real y más práctica, y de permitir la inclusión en los programas docentes elementos clave de la deontología profesional vinculados a la búsqueda incesante e histórica de la justicia social por parte de los abogados, desarrollan una función social que es importante tanto para la comunidad como para la Universidad. La comunidad se beneficia del trabajo de los/as estudiantes y de los/as profesores/as que prestan un primer asesoramiento legal a personas en situación de vulnerabilidad, el cual podrá ser posteriormente completado con el trabajo *pro bono* de abogados en ejercicio; la Universidad, y las Facultades de Derecho en particular, se benefician porque se enfrentan a los verdaderos problemas de la comunidad, aportando soluciones a los mismos o tratando de innovar las respuestas. Las clínicas legales a través de su función social logran desarrollar el sentido de pertenencia creando vínculos más estrechos entre la Universidad y su comunidad, entre la comunidad y su Universidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V (1999) “La enseñanza del Derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 9: 61-94.
- 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.
- Bloch, F (2008) “Access to Justice and the Global Clinical Movement”, *Washington University Journal of Law and Policy*, 28: 111-139.
- Bloch, F; Noone MA (2013) “Los orígenes de la educación clínica como asistencia jurídica gratuita”, *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas*, F. Bloch (ed.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Center for Disease Control and Prevention (1987) “Recommendations for Prevention of HIV Transmission in Health-Care Settings”, *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 36, Supplement 2S: 1-18.
- Center for Disease Control and Prevention (1991) “Recommendations for Preventing Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B Virus to Patients During Exposure-Prone Invasive Procedures”, *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 40 (RR08): 1-9.
- Center, C; Imparato, A (2003) “Redefining ‘disability’ discrimination: A proposal to restore civil rights protections for all workers”, *Stanford Law and Policy Review*, 14: 321-345.

- Cohen, MS *et al* (2011) “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy”, *New England Journal of Medicine*, 365(6): 493-505.
- Courtis, C (2004) “Discapacidad e Inclusión Social: retos teóricos y desafíos prácticos”, *Jueces para la Democracia*, 51: 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.
- Deeks, SG *et al* (2013) “The end of AIDS: HIV infection as a Chronic disease”, *Lancet*, 382: 1525-1533.
- Del Romero, J *et al* (2010) “Combined antiretroviral treatment and heterosexual transmission of HIV-1”, *BMJ*, 340, doi:10.1136/bmj.c2205.
- Duncan, N; Kay, SL (2013) “Abordando la competencia, la ética y la profesionalidad del abogado”, *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas*, F. Bloch (ed.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gibson, F (2011) “The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Response of the Clinic”, *International Journal of Clinical Legal Education*, 15: 11-24.
- Gostin, LO (2004) *The AIDS Pandemic*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Ikawa, D (2013) “El impacto del Derecho de interés público en la formación jurídica”, *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas*, F. Bloch (ed.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayer, C (1999-2000) “Is HIV a disability under the American with Disabilities Act: Unanswered questions after *Bragdon v. Abbott*”, *Journal of Law and Health*, 14: 179-208.
- Metnick, J (2003) “Evolving to asymptomatic HIV as a disability *per se*: Closing the loophole in judicial precedent”, *DePaul Journal of Health Care Law*, 7(1): 69-104.
- Palacios, A (2008) *El modelo social de discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca.
- Plan Nacional sobre el Sida (2015) *Documento de Consenso sobre Profilaxis postexposición ocupacional y no ocupacional en relación con el VIH, VHB y VHC en adultos y niños*, disponible en [www.msssi.gob.es/ciudadanos/enLesiones/enfTransmisibles/sida/publicaciones/recomendaciones.htm](http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enLesiones/enfTransmisibles/sida/publicaciones/recomendaciones.htm)
- Quinn, G; Degener, T (2002) *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, disponible en [www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/Studydisability\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/Studydisability_sp.doc)
- Quinn, TC *et al* (2000) “Viral load and heterosexual transmission of human Immunodeficiency virus type 1”, *New England Journal of Medicine*, 342(13): 921-929.
- Ramiro Avilés, MA (2011) “El VIH/SIDA y el principio de igualdad”, *Historia clínica y protección de datos personales*, A. Garriga y A. Álvarez (dirs.), Madrid: Dykinson.
- Ramiro Avilés, MA; Ramírez Carvajal, P (2015) ‘VIH y Privacidad’, Informe Cesida, disponible en [www.cesida.org/vih-privacidad/](http://www.cesida.org/vih-privacidad/)

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

The Center for HIV Law & Policy (2011) *Transmission Routes, Viral Loads and Relative Risks: The Science of HIV for Lawyers and Advocates*, disponible en [www.hivlawandpolicy.org/resources/transmission-routes-viral-loads-and-relative-risks-science-hiv-lawyers-and-advocates](http://www.hivlawandpolicy.org/resources/transmission-routes-viral-loads-and-relative-risks-science-hiv-lawyers-and-advocates)

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

Winzer, S (2001) “The Law School Clinic: Legal Education in the Interest of Justice”, *Fordham Law Review*”, 70: 1929-1937.

Wisner, J (1998) “Asymptomatic HIV disease as disability under the American with Disabilities Act: A contrast between *Bragdon v. Abbott* and *Runnebaum v. NationsBank of Maryland*”, *New England Law Review*, 33(1): 217-263.

Witker, J (2007) “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 10: 181-207.