

IMPLANTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CLÍNICA JURÍDICA

Miguel Angel Ramiro
Miguel Cembellín
Ana Guerra

1. Introducción.

El objetivo general que se planteó este proyecto de Innovación Docente era la implantación de un Programa de Clínica Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá que permitiera a los alumnos del cuarto curso del Grado en Derecho o del Master de Acceso a la Abogacía realizar el Trabajo Fin de Grado o el Trabajo Fin de Master. El grupo de trabajo, coordinado por el profesor Miguel Angel Ramiro Avilés (Filosofía del Derecho), estaba formado por los profesores Carmen Chinchilla (Derecho Administrativo), José Antonio del Olmo (Derecho Procesal), Juan Díaz Ballesteros (Derecho Civil), Ricardo Escudero (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Jorge García-Andrade (Derecho Administrativo), Manuel Lucas (Derecho Financiero y Tributario), Vicente Ribas (Derecho Mercantil), Raquel Roso (Derecho Penal) y Pablo Santolaya (Derecho Constitucional).

Se trata de un programa de metodología de aprendizaje mediante la prestación de un servicio (de asistencia jurídica) que está consolidada o en vías de consolidación en otros países y que cuenta ya con experiencias conocidas y reconocidas en España (Universidad de Barcelona, Universidad de Valencia, Universidad Rovira i Virgili y Universidad Carlos III de Madrid, esta última sólo a nivel de posgrado en el Master en Derechos Fundamentales). La educación jurídica clínica es un modelo de formación en Derecho que surge en Estados Unidos en los años 1930 y se desarrolla en los años 1960 a través del movimiento de derechos civiles, y desde ahí se exporta a otros lugares (Este de Europa, Rusia, China, América Latina). Se trata de trasladar a la formación jurídica el modelo de enseñanza de las Facultades de Medicina, lográndose una enseñanza práctica y real del Derecho. Con ello se pretende preparar mejor a los futuros abogados para que desempeñen su práctica profesional teniendo en cuenta la justicia social.

2. Historia de las Clínicas Jurídicas.

Las clínicas jurídicas nacieron a finales del siglo diecinueve y principios del siglo veinte en las Facultades de Derecho de Estados Unidos con una serie de programas individuales de asistencia legal donde los estudiantes trabajaban como voluntarios¹. No es hasta los años 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 libros². Como señala Stephen Wizner, «Langdell proposed the creation of a ‘science

¹ Jorge Witker, ‘La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico’, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 10, 2007, p. 182.

² *Ibidem*, pp 182-3.

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»³. 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», y es irreal porque «the law is constantly growing and changing in ways that cannot be predicted through the study of past appellate court opinions»⁴.

La propuesta del nuevo modelo educativo basado en el aprendizaje del Derecho mediante la prestación de un servicio de asesoramiento jurídico se atribuye a Jerome Frank, que por su adhesión al realismo jurídico se basaba en la estrecha conexión que debía existir entre, por un lado, la realidad social y jurídica y, por otro, los estudios jurídicos. Stephen Winzer señala a este respecto que «the legal realists shifted the focus from past judicial decisions as predictors of future decisions to the role of lawyers and judges in making the law 'work' to carry out its social role and function»⁵. En 1933, Frank publicó en la revista de Derecho de la Universidad de Pennsylvania un artículo titulado *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, que se considera el pistoletazo de salida, que era muy crítico con el mundo académico norteamericano basado en la exposición de casos, con el que pretendía cuestionar los métodos de enseñanza tradicional exponiendo la necesidad de copiar el modelo práctico de las Facultades de Medicina donde los estudiantes practican con casos reales⁶. Frank consideraba que los estudios de Derecho habían fracasado por tres motivos. El primero era que mientras que el Derecho era algo vivo, los planes de estudios lo veían como algo inmutable, estático. No eran conscientes de que el Derecho se va transformado para adaptarse a las necesidades jurídicas reales de la sociedad. El segundo era que el Derecho se estudiaba como el punto final del proceso, es decir, como si el Derecho fuera, de modo simplista, la resolución o sentencia que dictasen los tribunales. El abogado, por el contrario, además de atender correctamente a sus clientes, debe preocuparse por cómo actuarán los tribunales y jueces, y por eso tiene que tener en consideración cada una de las fases que componen el proceso jurídico con el fin de obtener una solución idónea a las pretensiones de su cliente. El tercero era que en los planes de estudio se analizan casos inventados, que mucho poco o nada tienen que ver con la realidad social. En Derecho hay que tratar y analizar problemas reales; los mismos que puedan darse en cualquier despacho de abogados⁷.

El nuevo sistema fue extendiéndose poco a poco debido a que los profesores de las universidades norteamericanas entendieron que era importante enseñar a los estudiantes a cómo ser abogados mientras a ayudaban a personas que no tenían recursos a defender sus derechos e intereses en verdaderos procesos judiciales. Este método de

³ Stephen Winzer, 'The Law School Clinic: Legal Education in the Interest of Justice', *Fordham Law Review*, 70, 2001, p.1930-1931.

⁴ Ibidem, p. 1931.

⁵ Ibidem, p. 1931.

⁶ Jorge Witker, 'La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico', op. cit., pp. 183-4.

⁷ Jerome Frank, 'Una defensa de las escuelas de abogados', *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 38.

enseñanza facilitó a los estudiantes a meterse en el rol de abogado y también les hizo aprender de su propia experiencia, facilitando que estos estudiantes en el futuro tengan mayor habilidad para representar a sus clientes⁸.

A la expansión de las Clínicas Jurídicas también contribuyó que la Fundación Ford, a finales de los años 1960, empezase a financiar clínicas jurídicas en distintas universidades de Estados Unidos mediante el programa *Council on Legal Education for Professional Responsibility*⁹. Como explica Winzer, «was not until the late 1960s that clinical legal education received financial support and found an effective advocate in the person of William Pincus, a Vice-President of the Ford Foundation who was responsible for the Foundation's anti-poverty initiatives. Pincus, who happened to be a lawyer, supported legal services programs for the poor, and believed that law schools had a role to play in addressing the lack of access to justice of poor people with legal problems»¹⁰. El mayor apogeo y desarrollo de las Clínicas Jurídicas fue en los años 1980 debido a la publicación del libro *The Lawyering Process*, texto en el que se vincula el proceso de formación del jurista con el compromiso con las causas sociales y de interés público acercando al estudiante a la deontología profesional¹¹. En la década de los años 1990 surge de nuevo el interés por las clínicas jurídicas, que se extienden a América Latina y más tarde llegan también a Europa con la caída del Muro de Berlín y la implantación de las nuevas democracias en la Europa Central y del Este¹². China y Rusia también se han incorporado a este movimiento¹³. Las Facultades de Derecho en estos países en transición a la democracia apoyan este tipo de iniciativas pedagógicas y sociales ya que fortalecen la sociedad civil y asientan sólidas bases para el mundo profesional y para una democracia participativa y exigente. Sin embargo en la Europa Occidental, incluido en Reino Unido, posiblemente debido a su mayor tradición de la enseñanza jurídica, el peso que tienen las instituciones universitarias y los colegios profesionales, las Clínicas Jurídicas no tienen tanta tradición¹⁴. Aunque las cosas están cambiando gradual pero también global¹⁵.

3. Concepto de Clínica Jurídica

⁸ Víctor Abramovich, 'La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática', *Cuadernos de Análisis Jurídico. Defensa Jurídica del Interés Público*, F González y F. Viveros (eds.), 9, 1999, p. 1.

⁹ Jorge Witker, 'La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico', op. cit., pp. 185-6.

¹⁰ Stephen Winzer, 'The Law School Clinic: Legal Education in the Interest of Justice', op. cit., p. 1933

¹¹ Diego Blázquez, 'La educación jurídica clínica en el contexto del Proceso de Bologna: su aplicabilidad en España', *Opinión jurídica*, 10, 2006, p. 161.

¹² Vendula Bryxová, 'Introducing Legal Clinics in Olomuc, Czech Republic', *Journal of Clinical Legal Education*, 9, 2006, pp. 149-56.

¹³ John Burman, 'The role of Clinical Legal Education in Developing the Rule of Law in Russia', *Wyoming Law Review*, 2:1, 2002, 89-118.

¹⁴ Richard Wilson, 'Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Education', *German Law Journal*, 10:7, 2009, pp. 823-46

¹⁵ Frank Bloch, 'Access to Justice and the Global Clinical Movement', *Washington University Journal of Law & Policy*, 28, 2008, p. 115; Richard Wilson, 'Training for Justice: The Global Reach of Clinical Legal Education', *Penn State International Law Review*, 22, 2003, p. 428.

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»¹⁶.

Una definición simple y sencilla sería la siguiente: una clínica jurídica es un método de enseñanza superior del Derecho que está basado en casos reales (de interés social o comunitario) para iniciar al estudiante en la práctica profesional mediante la supervisión de profesores-tutores¹⁷. Es una forma de aprendizaje que incorpora la Universidad mientras presta un servicio a la comunidad. La Clínica Jurídica es, ante todo, un método que enseña Derecho a través de la práctica con asuntos reales de interés social. Esas dos funciones, la educativa y la social, son elementos esenciales en ese asunto pues permite a la Universidad involucrarse en los asuntos jurídicos que afectan a su comunidad y también le permite innovar en el método de enseñanza jurídica. Como señala Frank Bloch, el acceso 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»¹⁸.

En las Clínicas Jurídicas el método de enseñanza se caracteriza de la siguiente manera:

1. Los estudiantes se enfrentan a asuntos como los que tendría cualquier abogado o jurista en la vida real.
2. Los estudiantes son los que deben resolver esos problemas y no pueden ser sustituidos por los profesores-tutores.
3. Los estudiantes deben interactuar con otras personas (clientes, otros estudiantes, profesores, otros agentes sociales) para poder resolver el problema.
4. Los casos tratan problemas sociales o de interés público y los clientes son personas de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad que no van a pagar por recibir el servicio.
5. El estudiante está sometido a control y evaluación personal.

¹⁶ Stephen Wizner, 'The Law School Clinic: Legal Education in the Interest of Justice', op. cit., p. 1930.

¹⁷ Jorge Witker, 'La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico', op. cit., 189.

¹⁸ Frank Bloch, 'Access to Justice and the Global Clinical Movement', op. cit., p. 111.

6. El control y supervisión se realiza por profesores universitarios.

La Clínica Jurídica que se ha formado por un grupo pequeño de profesores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, todavía con un grado de institucionalización nulo, encaja en dicha definición ya que es una oficina virtual de asistencia legal a las personas con VIH/Sida. En ella los dos estudiantes que se inscribieron para realizar su Trabajo de Fin de Grado asumieron el rol de abogados, siempre supervisados por profesores, aunque eran ellos los que tenían la responsabilidad del caso. Esto mismo ocurre con la alumna que ha elegido la Clínica Jurídica para realizar su Trabajo Fin de Master. Los tres estudiantes trabajan con casos y clientes reales resolviendo asuntos de todo tipo de materias, cuyo hilo conductor es la no discriminación por VIH/Sida. Este tipo de clínica es muy ventajoso puesto que el estudiante conoce y resuelve asuntos de diversas materias como ocurre realmente en la actividad profesional fortaleciendo su responsabilidad y su compromiso social¹⁹.

4. Objetivos de la Clínica Jurídica.

Como ya se ha señalado, el objetivo principal de las Clínicas Jurídica es el acceso de los estudiantes de Derecho a practicar sus enseñanzas teóricas para así adquirir capacidades profesionales necesarias a la hora de salir al mundo laboral²⁰. Además, un aspecto muy importante y que no siempre se encuentra presente en esta actividad académica es la sensibilización de los estudiantes y su formación en la ética profesional que se caracteriza por el compromiso social, además de realizar una actividad de interés público, pues facilitan el acceso a la representación legal en diferentes ámbitos²¹. En el aprendizaje clínico se logra que el estudiante reflexione de forma crítica sobre los problemas planteados; alcance a ver la complejidad de los mismos; y diseñe estrategias de solución (frente a la enseñanza tradicional de tipo memorístico/conocimiento, comprensión, aplicación, análisis, síntesis, evaluación). Este aprendizaje clínico tendrá las siguientes características²²:

- Aprendizaje situado, contextualizado y significativo: enfrenta a los estudiantes con problemas y situaciones reales que son relevantes para sociedad en la que se inserta.
- Aprendizaje práctico: exige a los estudiantes que apliquen sus conocimientos a la realidad tratando de dar una respuesta a esos problemas y situaciones.
- Aprendizaje colaborativo: exige a los estudiantes que interactúen entre ellos y con otras personas y agentes.
- Aprendizaje comprometido, ético, y solidario: busca el compromiso social de los juristas y la consolidación de una ética profesional.
- Aprendizaje activo y crítico: exige a los estudiantes una actitud pro-activa implicándoles en su propio aprendizaje y un espíritu crítico con su propio trabajo y con los problemas frente a los que se enfrentan.

¹⁹ Jorge Witker, 'La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico', op. cit., pp. 191-2.

²⁰ Diego Blázquez, 'La educación jurídica clínica en el contexto del Proceso de Bologna: su aplicabilidad en España', op. cit., p 165.

²¹ Diego Blázquez, 'Apuntes acerca de la educación jurídica clínica', *Universitas*, 3, 2005, p 45.

²² David Barnhizer, 'The Clinical Method of Legal Instruction: Its Theory and Implementation', *Journal of Legal Education*, 30, 1979, 77-79.

- Aprendizaje-servicio: se presta un servicio a la comunidad, de tal forma que revierta parte de la inversión realizada.

Siguiendo con estas cuestiones, cabe señalar que la *Comisión para el Futuro de la Educación Clínica* reconoce nueve metas formativas que se recogen en la mayoría de los programas clínicos:

- a) Desarrollo de modos de organización y análisis para tratar con situaciones desestructuradas.
- b) Proveer instrucción de habilidades profesionales.
- c) Enseñar los medios para aprender de la experiencia.
- d) Instruir a los estudiantes en la responsabilidad profesional.
- e) Exponer a los alumnos a las demandas y métodos propios del desempeño de un rol.
- f) Proveer oportunidades para un aprendizaje colaborativo.
- g) Inculcar la obligación de prestar servicio a clientes insolventes, proveer la información acerca de cómo proceder en esa representación, y suministrar el conocimiento existente acerca del impacto del sistema legal en las capas más pobres de la sociedad.
- h) Proveer la oportunidad de examinar el impacto de la doctrina legal en la vida real y proveer un laboratorio en el que estudiantes y profesores analicen ramas particulares del Derecho.
- i) Desarrollo de una mentalidad crítica con las capacidades y limitaciones de los abogados y del sistema legal²³.

Como se ha señalado, otro objetivo fundamental de la Clínica Jurídica es desarrollar una función social ya que la comunidad se beneficia del trabajo de los estudiantes, de los profesores y de la Universidad. En este sentido, el aprendizaje clínico debe estar vinculado con cuestiones de interés público. Así, la Clínica Jurídica es una metodología que permite avanzar en uno de los grandes retos de la Universidad actual: la vinculación de sus tres misiones (docencia, investigación y la llamada tercera misión, que expresa la función social de la Universidad). La Clínica Jurídica permite, muy especialmente, la vinculación entre la primera misión (docencia) y la tercera misión en su dimensión ética, sin perjudicar la segunda misión (investigación), en la medida que en función de la naturaleza del servicio y de su encaje curricular, la Clínica Jurídica confluye con el concepto, igualmente extendido a nivel internacional, de la investigación basada en la comunidad.

Las Clínicas Jurídicas 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, a la vez que los estudiantes aprenden a solucionar un asunto real. Se ejerce así la tarea de ‘conciencia social’ que debe realizar la Universidad pública, desvelando los principales problemas de nuestra sociedad, y aportando soluciones a los mismos.

²³ Diego Blázquez, ‘Apuntes acerca de la educación jurídica clínica’, op. cit., pp 45-6.

Independientemente de la concreta forma de clínica adoptada, es un requisito indispensable para poder hablar de clínica jurídica la voluntad de servicio a la comunidad. Tradicionalmente, las clínicas jurídicas, 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 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 jurídica cuando afirma que el fin educativo es muy ambicioso porque pretende sacar a los 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»²⁴.

En este sentido, la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá ha colaborado con CESIDA, que se centra en la temática del VIH y recibe consultas de personas con ésta enfermedad o relacionadas con ella. CESIDA está compuesta por 85 entidades que representan a más de 120 organizaciones en todo el Estado español.

El aprendizaje clínico supone concebir la universidad también como un espacio de aprendizaje ético y la necesidad de definir estrategias que lo hagan posible. La Clínica Jurídica es una propuesta educativa que combina procesos de aprendizaje y servicio a la comunidad en un solo proyecto, en el cual los participantes se forman trabajando sobre necesidades reales del entorno con el objetivo de mejorarlo. Se trata de

²⁴ Stephen Winzer, 'The Law School Clinic: Legal Education in the Interest of Justice', op. cit., pp. 1934-5.

una actividad compleja que integra el servicio a la comunidad con el aprendizaje de contenidos, competencias, habilidades o valores, a partir de la práctica reflexiva.

Los posibles beneficios que se pueden obtener son:

- Para los estudiantes
 - Fomenta el vínculo del estudiante con la universidad (sentido de pertinencia)
 - Promueve el compromiso activo del estudiante con su comunidad
 - Desarrolla de manera efectiva y evaluable el currículum nuclear de la Universidad de Alcalá y, muy particularmente, el compromiso con la ética y la responsabilidad social como ciudadano/a y como profesional.
 - Mejora la sensibilidad para la diversidad y la multiculturalidad

- Para el profesorado
 - Permite la colaboración con organizaciones de la comunidad en el desarrollo de la docencia y, potencialmente, añade una nueva dimensión a su investigación.
 - Permite conectar la docencia con las otras dos misiones de la universidad.
 - Fomenta los equipos docentes interdisciplinarios.
 - Favorece el rol docente de mentor, guía o facilitador del aprendizaje que impulsa el Espacio Europeo de Educación Superior (Proceso de Bolonia).
 - Mejora la participación y la motivación de los estudiantes.
 - Facilita la formación y evaluación por competencias.

- Para la universidad
 - Permite desarrollar la tercera misión (compromiso con las personas, con la ciencia, con la comunidad y con los valores) y favorece la participación directa de toda la comunidad universitaria en esta.
 - Favorece el sentimiento de pertinencia a la universidad.
 - Favorece una visión integradora de las diversas misiones de la universidad.
 - Favorece los procesos de mejora y calidad docente.
 - Desarrolla de manera efectiva y evaluable competencias transversales y específicas de la titulación
 - Incrementa la motivación por el aprendizaje
 - Estrecha la relación con el profesorado favoreciendo procesos de aprendizaje efectivos.
 - Aporta perspectivas nuevas en los procesos de orientación profesional

- Para la comunidad
 - Permite recibir apoyo a colectivos y entidades sin recursos o desfavorecidos
 - Permite mejorar el entorno, enriqueciendo e innovando programas y servicios dentro de la comunidad.
 - Proporciona la oportunidad para la colaboración estrecha entre estudiantes, comunidad y profesionales.
 - Ofrece la oportunidad de contribuir a la formación de una generación de ciudadanos y profesionales con un fuerte compromiso social.
 - Favorece la identificación de la Universidad de Alcalá como su universidad.

5. ¿Por qué una Clínica Legal en VIH?

Las personas con VIH/Sida se enfrentan a numerosos problemas sociales y jurídicos ya

que a pesar de los avances en el ámbito médico, la sociedad no ha evolucionado y se sigue discriminando a este colectivo. La discriminación puede producirse a dos niveles, en primer lugar está la discriminación a nivel familiar o comunitario o ‘estigma declarado’; en segundo lugar está la discriminación en contextos institucionales, plasmando el estigma ‘declarado’ en políticas y prácticas institucionales o en la falta de políticas antidiscriminatorias o procedimientos de reparación²⁵. La protección de los derechos fundamentales es imprescindible para garantizar la dignidad, libertad e identidad de las personas que tienen VIH. Analizar el VIH/SIDA desde una óptica de igualdad y no discriminación muestra que las personas que viven con esta enfermedad necesitan un trato legislativo específico atendiendo a las singularidades que estas personas tienen para así poder combatir la discriminación arbitraria que sufren²⁶. Los Estados deberían dictar o revisar sus leyes antidiscriminatorias para así proteger a las personas con VIH tanto si son sintomáticas como asintomáticas²⁷.

El VIH/Sida se ha analizado desde la óptica de la discapacidad, y más en concreto desde el modelo social de la discapacidad, que 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 autonomía²⁸. 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 asistencialistas²⁹. La adopción del modelo social de discapacidad debe llevar consigo un *concepto amplio de discapacidad*³⁰. Este concepto amplio incluye todas las situaciones caracterizadas 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

²⁵ Susana Álvarez, ‘Aspectos éticos y jurídicos de la comunicación de datos del paciente con VIH/Sida a terceros interesados en la información’, *Historia Clínica y Protección de Datos Personales. Especial Referencia al Registro Obligatorio de los Portadores del VIH*, A. Garriga y A. Álvarez (eds.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 156.

²⁶ Miguel A. Ramiro Avilés, ‘El VIH/SIDA y el principio de igualdad’, *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH*, A. Garriga y A. Álvarez (eds.), Dykinson, Madrid, 2011, p 113.

²⁷ Jason Metnick, ‘Evolving to asymptomatic HIV as a disability *per se*: Closing the loophole in judicial precedent’, *DePaul Journal of Health Care Law*, 7:1, 2003, pp. 69-104.

²⁸ Rafael De Asís Roig *et al.*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 24.

²⁹ Gerard Quinn y Theresa Degener, *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*, 2002, Disponible en www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/disability.pdf.

³⁰ Claudia Center y Andrew Imparato, ‘Redefining ‘disability’ discrimination: A proposal to restore civil rights protections for all workers’, *Stanford Law and Policy Review*, 14, 2003, pp. 321-45.

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 VIH estarían incluidas. 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 discapacidad³¹. Desde la óptica social y el concepto amplio de discapacidad, se tiene en cuenta la interacción entre las personas con 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. La persona con VIH está condicionada 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 al disfrute de sus derechos.

El estigma y discriminación que sufren las personas con VIH se manifiesta en todos los países y regiones del mundo, 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 recurso legales como los que ofertan las Clínica Legales³². Para los (futuros) abogados defensores de clientes con 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. 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 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. Además el hecho de ser seropositivo no debería en ningún caso ser la única razón esgrimida para cambiar la custodia de un menor o para despedir a alguien de su

³¹ Joanne Wisner, '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, 1998, pp. 217-63; Connie Mayer, 'Is HIV a disability under the American with Disabilities Act: Unanswered questions after *Bragdon v. Abbott*', *Journal of Law and Health*, 14, 1999-2000, pp. 179-208.

³² Frances Gibson, 'The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Response of the Clinic', *International Journal of Clinical Legal Education*, 15, 2011, 11-24.

puesto de trabajo o sufrir las discriminaciones anteriormente expuestas³³.

6. Casos resueltos en la Clínica Jurídica.

En la Clínica Jurídica que se ha desarrollado durante el curso 2012-13 en la Facultad de Derecho de la Universidad se han tratado con asuntos reales que llegaban de personas que esperaban su respuesta en un corto plazo de tiempo. Para ello los estudiantes tenían que colaborar en la búsqueda de información diversa (normativa, sentencias, documentos, etc.) que les pudiera servir para elaborar la respuesta a la consulta, y mantenían reuniones o se intercambiaban correos electrónicos, tanto con el tutor como con otros profesores de la universidad, que les ayudaban a ver los problemas del caso dentro de un texto generalmente bastante desestructurado y también les ayudaban a enfocar la respuesta que debían redactar para responder a lo que la persona necesitaba saber, siempre de manera totalmente gratuita. Para comenzar a colaborar en la clínica como voluntarios lo primero que se pidió a los alumnos pidieron fue firmar un Acuerdo de Confidencialidad y Secreto, ya que trabajaban con casos y personas reales, por lo que algunos datos aportados en las consultas eran de carácter confidencial y no podían ser divulgados. En este trabajo no aparecerá ningún nombre ni dato que permita reconocer a las personas que consultaron con nuestra clínica para resolver sus dudas.

Las consultas llegaban desde CESIDA, las personas escribían al correo clinicalegal@cesida.org, que pueden encontrar en su página web (www.cesida.org), cuando ellos recibían la consulta se la enviaban al tutor, Miguel Ángel Ramiro Avilés, quien a su vez remitía la consulta por correo electrónico a los alumnos para que pudieran leerla y empezar a trabajar en ella. En primer lugar, al recibir el correo con la consulta se concertaba una reunión en la Universidad para hablar sobre el caso, analizar la normativa aplicable y estructurar la respuesta a realizar, en algunos casos con el tutor y en algunos casos de temas específicos con otros profesores especialistas en esa materia. En el caso de que al realizar la reunión se observase que faltaban datos de interés para poder realizar una respuesta, se tenían que enviar las preguntas pidiendo que la persona completase los datos que resultaban de especial relevancia para poder contestar. El plazo para dar una respuesta a las personas que consultaban era de aproximadamente dos semanas y tras la reunión se tenía que realizar un escrito de respuesta para las personas que consultaban, redactado de una forma que pudieran entender con claridad y que resolviera las dudas que planteaban e intentando darles una solución a los problemas que nos contaban. La respuesta la redactaban los alumnos, trabajando conjuntamente y de forma independiente, después se enviaba la redacción al tutor para que diera el visto bueno de la respuesta o en algunos casos para que diera algunas indicaciones con las que mejorar la respuesta. Una vez finalizada era enviada a CESIDA para que pudiera darle la respuesta a la persona que había realizado la consulta, en algunos casos la persona consulta al cabo de unos días alguna nueva cuestión que se le ha planteado y que necesita que se le responda.

Ese funcionamiento se estructura alrededor de tres puntos: la Supervisión, los Seminarios, y la Teoría del Caso. En cuanto a la Supervisión, el tutor asignado a la Clínica Jurídica supervisa el trabajo de los alumnos de forma activa, continuada y

³³ The Center for HIV Law and Policy, *Transmission Routes, Viral Loads and Relative Risks: The Science of HIV for Lawyers and Advocates*, pp. 1-6. Disponible en www.hivandlawpolicy.org.

participativa. Una supervisión efectiva, según Abramovich, implica que el tutor no es el abogado sino que lo es el propio alumno³⁴. No tendría sentido que el tutor asumiera este papel ya que de esta forma el estudiante poco o nada aprendería. Esto hace que tenga que haber un continuo diálogo entre el estudiante y el tutor durante la realización de los casos asignados al primero. Además tiene que haber una planificación, una agenda del trabajo a realizar durante la Clínica Jurídica en función de las metas que se quieran alcanzar por parte del alumno. El alumno en cualquier momento tiene la obligación de cuestionar la supervisión llevada a cabo por el tutor para así mejorar los aspectos que considere que están fallando. También el tutor ha de criticar tanto positiva como negativamente la evolución del alumno. Se consigue pues que éste sea consciente de sus puntos fuertes, para mantenerlos, y de sus puntos débiles para mejorarlos. Aunque se haya dicho que el tutor no debe asumir el rol del abogado (sino que lo es el propio alumno), como no siempre lo hará perfecto (en las primeras veces) habrá de intervenir en algún punto del proceso. Por la inexperiencia del alumno no se debe perjudicar al cliente y a sus intereses. Y por último, el tutor tiene que inquirir en aquellas instituciones comprometidas en el caso, y todos aquellos aspectos legales, sociales y políticos que enmarcan el conflicto particular. En definitiva, con una buena supervisión del tutor hacia el alumno se consigue que este último vaya mejorando de forma progresiva, llegando al punto de poder ser capaz de abordar un caso por sí mismo e incidiendo en todos los aspectos importantes del mismo.

Los Seminarios son reuniones entre el tutor y los alumnos donde, en conjunto, realizan actividades que desarrollen sus habilidades críticas y de argumentación, como puede ser un debate o una discusión sobre un determinado problema que les obligue a mantener una postura determinada (mejor si es contraria a la que ellos tienen) para fomentar esas habilidades. En general, son trabajos en equipo que permite a los alumnos tener en consideración otras opciones de trabajo, otras formas de plantearse un caso, que por sí sólo no lo hubieran tenido en consideración. Los Seminarios sirven como complemento de la supervisión, y forma parte de ese diálogo entre el estudiante y el tutor.

La Teoría del Caso, o Narración del Caso, sirve para enseñar al alumno cómo plantificar los casos que tenga que tratar (tanto en la propia Clínica Jurídica como después fuera desarrollando su actividad profesional). Normalmente se inicia con un breve resumen-esquema de los hechos planteados en el caso. La Teoría del Caso se articula en dos partes. Por un lado la Teoría Legal y por otro, la Teoría de los Hechos. El primero es el «trabajo legal desarrollado por el abogado a partir de la interpretación, análisis y explicación legal de las reglas y principios» y el segundo es «la historia de una de las partes del proceso que justifica la acción en relación directa con la teoría legal»³⁵.

Conforme a esta metodología se resolvieron los casos que fueron llegando desde la buzón electrónico de CESIDA.

5.1.- Casos relativos a extranjería y Seguridad Social

³⁴ Víctor Abramovich, 'La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática', op. cit., p 10.

³⁵ Ibidem, p. 8.

➤ 1/ EL CASO DE VENEZUELA

1.1/ Resumen del caso:

Recibimos la consulta de un hombre venezolano con VIH, nos contó que por razones políticas y algunos sucesos de amenazas en su país tenía pensado emigrar a España con su pareja, por lo que quería saber si una vez aquí tendría acceso al tratamiento retroviral que necesita.

1.2/ Instrumentos invocados:

Para poder resolver la cuestión que se nos plantea acudimos a la siguiente normativa:

- La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y demás disposiciones aplicables.
- La Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad.
- RDL 16/2012, que modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

1.3/ Artículos invocados:

De la normativa expuesta anteriormente en concreto nos centramos en los siguientes artículos para poder responder la consulta:

- El Art. 77 Ley 29/2006 ya que habla sobre quién tiene la facultad en España para poder recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.
- Ley 14/86, Art. 3.2 que dice que la asistencia sanitaria pública se extiende a toda la población española, pero no habla de los extranjeros.
- El Art. 6.1.4 que establece que las Administraciones Públicas Sanitarias deben garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud.
- El Art. 10.14 que habla del derecho a obtener los medicamentos necesarios para restablecer la salud.
- RDL 16/2012 Artículo 3. Que dice quién tiene la condición de asegurado para recibir asistencia sanitaria en España y el Art. 3 ter que trata las situaciones especiales para que los extranjeros reciban asistencia sanitaria.

1.4/ Respuesta:

Después del análisis de la normativa la respuesta dada fue la siguiente:

La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad.

Esta prestación se rige por lo dispuesto en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y demás disposiciones aplicables. Esta ley en el art. 77 establece que “la receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica”.

Por otro lado, la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad establece que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española (art. 3.2), también dice que las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias estarán orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud (art. 6.4).

Esta ley también establece que todos tienen derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado (art. 10.14).

No obstante, debido a la situación de crisis que actualmente hay en España, se han establecido medidas de recortes en sanidad, por lo que se ha publicado el RDL 16/2012, que modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

Según este RDL tienen la condición de asegurado las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”.

Además el RDL añade un nuevo artículo (art. 3 ter) que establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España sólo recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y asistencia de embarazo, parto y postparto, en todo caso recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles los menores de edad.

El Tribunal Constitucional ha declarado en un Auto que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de los inmigrantes sin papeles y la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, como la prevención de enfermedades infecto-contagiosas, tiene una gran importancia en el marco constitucional que no puede verse desvirtuado por un supuesto ahorro económico, no obstante, esta medida afecta al territorio vasco, puesto que el Gobierno del País Vasco publicó un decreto el 26 de junio, para prestar asistencia a este colectivo. Por tanto, en el País Vasco si se está dando la prestación sanitaria a los inmigrantes sin papeles, pero no en todo el territorio español, puesto que en algunos lugares ya se han retirado varias tarjetas sanitarias.

Por tanto, en este caso, lo más recomendable sería venir a España en situación regular, obteniendo un permiso de residencia y trabajo, solicitado desde su país de residencia, que tiene la duración de 1 año, con posibilidad de renovación. Si obtiene el permiso no tendrá ningún problema para adquirir su tratamiento, ya que como hemos visto la Sanidad Pública española asegura el acceso a los tratamientos farmacológicos a los pacientes que estén afiliados a la Seguridad Social. El problema surgiría si en algún momento se diera una situación de irregularidad en la residencia en España, esto podría dar lugar a la retirada de la tarjeta sanitaria, con lo que no se podría asegurar que fuera a recibir dicho tratamiento, pues el RDL sólo establece para estos sujetos asistencia sanitaria de urgencia y podría verse sin acceso a la medicación que necesita.

➤ 2/ CASO DEL CHICO DE LONDRES

2.1/Resumen del caso

En esta consulta un chico que quiere trabajar en el extranjero, concretamente en Londres, nos plantea cómo puede adquirir el tratamiento retroviral sin tener que venir a España cada mes.

2.2/ Instrumentos invocados

En este caso al tratarse de dos países de la Unión Europea (España y Londres) hemos usado para poder realizar la respuesta el Derecho europeo.

2.3/ Respuesta:

Finalmente, tras analizar la normativa la respuesta que redactamos fue la siguiente:

La Comunidad Europea tiene por misión mejorar el nivel y la calidad de vida de los ciudadanos, en particular mediante empleos de alta calidad y un alto nivel de protección social y protección de la salud, y velar por los intereses de los consumidores, garantizando al mismo tiempo la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Pero dado que las políticas de empleo y de protección social siguen siendo competencia de los Estados miembros, la contribución de la Comunidad se limitará a establecer objetivos comunes a todos los Estados miembros, analizar las medidas adoptadas a nivel nacional y adoptar recomendaciones dirigidas a los Estados miembros. Por lo que la asistencia sanitaria gratuita en cada país puede ser diferente.

No obstante, los ciudadanos de la Unión Europea tenemos a nuestra disposición la Tarjeta Sanitaria Europea (TSE), que nos asegura la asistencia en los 27 países miembro, incluidos Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein. En España, este documento se puede solicitar en los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social, aunque no es estrictamente necesario tenerla para recibir atención en los hospitales de Reino Unido.

El servicio de salud pública en Reino Unido es el NHS (*National Health Service*) y para acceder a él, lo primero que hay que hacer es informarse de cuál es el médico de familia (*General Practitioner* o GP) más cercano a tu domicilio y rellenar un formulario. Si es la primera vez que te registras, después de un par de meses recibirás la tarjeta sanitaria con un número donde figurarán tus datos personales.

Cada vez que se cambia de domicilio hay que registrarse en el GP más cercano y entregar esta tarjeta, después de aproximadamente 6-8 semanas se recibe la tarjeta actualizada.

Hay algunos servicios, como por ejemplo el dentista, que aunque en parte son cubiertos por el NHS, en la mayoría de los casos suponen un coste adicional. El paciente normalmente tendrá que abonar al menos un 60% de la factura, excepto en el caso de que esté cobrando ayudas del gobierno, como las personas en paro, madres solteras o trabajadores con un salario bajo. Las pruebas de que se reciben dichos beneficios serán requeridas antes de iniciar cualquier tratamiento. Lo mismo ocurre con las revisiones ópticas o auditivas.

Por tanto, en este caso, creo que lo más recomendable sería solicitar la Tarjeta Sanitaria Europea, ya que así se asegura la asistencia sanitaria y se ahorra posibles problemas con el NHS, que además tarda un par de meses en mandar la tarjeta sanitaria.

➤ 3/ CASO DE INCAPACIDAD LABORAL

3.1/ Resumen del caso

En este caso nos consulta un hombre de 42 años, seropositivo desde el año 2000 que ha sufrido bastantes infecciones oportunistas a causa del VIH, que le han llevado a estar de baja temporal hasta 9 meses seguidos, nos cuenta que actualmente

está en paro porque ha sido despedido improcedentemente y quiere saber el porcentaje de discapacidad que le corresponde y si puede optar por la discapacidad permanente total o absoluta.

3.2/ Instrumentos invocados

La normativa consultada para este caso fue la Ley General de la Seguridad Social, el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social establece en su art. 3 que entre las funciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades así como el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

3.3/ Artículos invocados

Utilizamos para resolver el caso los siguientes artículos:

- El Art. 137 LGSS ya que establece el concepto de profesión habitual y el Art. 138.2.b LGSS ya que es el artículo que habla sobre las pensiones por incapacidad permanente motivo de la consulta. También mencionamos el art. 143 LGSS puesto que es el que establece que corresponde al INSS declarar la situación de incapacidad permanente.

3.4/ Respuesta

Después de analizar toda la normativa aplicable a este caso la respuesta que pudimos dar a esta persona fue la siguiente:

Buenos días.

De las cuestiones que nos plantea vamos en primer lugar a contestar a la primera referente al porcentaje de discapacidad por tener VIH.

Para determinar el grado que posee deberá dirigirse al Equipo de Valoración de Incapacidades, dependiente del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), ya que es el órgano encargado. Le realizarán un diagnóstico de su caso concreto para enviar su dictamen-propuesta al Director Provincial del INSS, para que éste último dicte una resolución expresa para evaluar la incapacidad laboral en cuestión.

En la instrucción de este procedimiento para la evaluación de la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas requerirán los siguientes actos e informes preceptivos:

a) La aportación del alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, remitido por el Servicio de Salud.

b) La formulación del dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, un informe de antecedentes profesionales y los informes de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho.

c) Emitido el dictamen-propuesta se concederá audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen conveniente.

También, comentar que el Equipo de Valoración de Incapacidades realizará todas las pruebas médicas que considere pertinentes.

Finalmente, son los Directores provinciales del INSS quienes deben dictar una resolución expresa para evaluar la incapacidad laboral en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por incapacidad permanente, sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados, por lo que podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o

a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones.

La normativa sobre los porcentajes de discapacidad establece que aquellos adultos cuyas cifras de CD4 sean menores de 200 en el último año tendrán un porcentaje mínimo de discapacidad del 33%, pero al no poderse precisar a priori la evolución de cada caso, es el equipo valorador quien determina los criterios de valoración en infección por VIH.

En relación con la otra cuestión que nos plantea, sobre los grados de invalidez, aunque desconocemos su profesión habitual, la normativa laboral establece, sin hacer distinción alguna, que la “profesión habitual” es la que se ha venido desarrollando durante el periodo de tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad.

En su caso, para obtener la incapacidad permanente total o absoluta, al haber cotizado durante más de 14 años a la Seguridad Social tendría derecho a una invalidez del tipo contributivo, pues así lo establece la Ley General de la Seguridad Social (art. 138.2.b). Ahora bien, la ley distingue los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar y los supuestos en que el causante no se encuentre en situación de alta o asimilada al alta, en estos supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años.

Por tanto, si está percibiendo una prestación por desempleo y se encuentra en una situación asimilada al alta en la Seguridad Social si podría obtener la incapacidad permanente total o absoluta. Sin embargo, si no está percibiendo ninguna prestación por desempleo y no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta no podría obtener tal incapacidad pues necesitaría haber cotizado durante al menos 15 años.

➤ **4/ CASO DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

4.1/ Resumen del caso

En esta consulta una persona con VIH nos pide información sobre las prestaciones que puede obtener de la Seguridad Social.

4.2/ Instrumentos invocados

Hablamos de prestaciones de la Seguridad Social y por tanto la normativa aplicable a este caso es el Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social así como por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

4.3/ Respuesta

La Seguridad Social, a través del Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social así como por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, tiene un listado de prestaciones que se encargan de prever, reparar o superar determinadas situaciones o estados de necesidad que originan una pérdida de ingresos o un exceso de gastos por parte de los ciudadanos.

Dicho listado se engloba en dos grandes grupos, las prestaciones contributivas y las prestaciones no contributivas. La diferencia fundamental es en los requisitos que se piden en una y en otra para poder acceder a los mismos. Las primeras, las contributivas, están comprendidas dentro de la acción protectora del

Régimen General y de los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social y exigen, para poder acceder a ellos, unos requisitos mínimos de cotización. En cambio, las no contributivas no exigen ningún requisito mínimo de cotización y tienen acceso a ellas todos los ciudadanos en estado de necesidad que nunca hayan cotizado, o que habiéndolo hecho, lo hicieran por menos tiempo que exigen la ley para alcanzar las prestaciones contributivas.

Por eso, sería importante saber su nivel de cotización, para enfocarnos en el grupo que le corresponde. Además, la mayoría de las prestaciones tienen un carácter inespecífico, es decir, acceden a ellas las personas que tengan una minusvalía, una invalidez o una situación socioeconómica precaria. No se tiene en cuenta si está o no infectadas por el VIH.

Si en su caso tuviera derecho a las prestaciones contributivas, a continuación se enlistan aquellas a las que puede acceder. Si hubiera alguna que se adecuara a su caso, entraríamos a la normativa que regula cada una de ellas y veríamos cuáles son los requisitos concretos para su acceso.

- Prestación por desempleo: Subsidio que se obtiene cuando queriendo y pudiendo trabajar se pierde el empleo o se reduce la jornada de trabajo, dándose además una serie de características.
- Asistencia sanitaria: Para la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos necesarios para conservar o restablecer el estado de salud.
- Incapacidad temporal: Subsidio para cubrir las posibles pérdidas de rentas del trabajador ocasionado por enfermedades, tanto comunes como profesionales, o accidentes, tanto laborales como no laborales.
- Riesgo durante el embarazo: Subsidio que cubre la pérdida de ingresos de la trabajadora cuando es declarada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante su embarazo.
- Riesgo durante la lactancia natural: Posibilidad de cambiar de puesto de trabajo por parte de la trabajadora por otro compatible con su situación.
- Maternidad / Paternidad: Subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente para aquellos trabajadores que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecido en los supuestos por maternidad/paternidad, adopción o acogimiento familiar.
- Incapacidad Permanente: Prestación que cubre la pérdida de rentas salariales o profesionales de aquellas personas que tienen anulada su capacidad laboral de forma definitiva derivado de una enfermedad o accidente.
- Lesiones permanentes no invalidantes: Prestación para aquellos trabajadores que sufran lesiones, mutilaciones... causados por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pero que no tienen la consideración de incapacidad permanente.
- Jubilación: Prestación que cubre la pérdida de ingresos que las personas que alcanzan la edad establecida en la que cesa su trabajo por cuenta ajena o propia; es decir, cuando llega al fin de su vida laboral.
- Prestación por muerte y supervivencia: Para compensar las situación de necesidad económica producida la por el fallecimiento de otras.
- Auxilio de defunción: Para quienes hayan soportado los gastos del sepelio del causante fallecido.
- Pensión de viudedad: Para proteger la situación de necesidad económica ocasionada por el fallecimiento de la persona que origina la prestación.
- Pensión de orfandad: Prestación para los hijos de la persona fallecida y a los aportados por su cónyuge, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

- Prestaciones por actos terroristas: Las personas incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, que resulten incapacitadas y los familiares de quienes sean pensionistas o, estando incluidos en alguno de dichos regímenes, fallezcan como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas de las que no sean responsables, tendrán derecho a percibir de la Seguridad Social pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, así como asistencia sanitaria y servicios sociales.
- Prestación a favor de familiares: Por hijo a cargo, por nacimiento de hijo, por parto múltiple.
- Prestaciones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidad (SOVI): Régimen residual que se aplica aquellos trabajadores que, aunque reúnen los requisitos exigidos por la legislación, no tengan derecho al derecho de pensión del actual sistema de la Seguridad Social.
- Prestaciones del Seguro Escolar.

En cambio, si fuera beneficiario de las prestaciones no contributivas, serían las siguientes:

- Pensión no contributiva de jubilación: Asegura a todos los ciudadanos una situación de jubilación y estado de necesidad, una prestación económica, asistencia médico-farmacéutica gratuita y otros servicios sociales complementarios.
- Pensión no contributiva de invalidez: Tiene las mismas funciones que la contributiva, aunque no es compatible con la percepción de otros ingresos.

En definitiva, necesitaríamos saber dos cosas. Primero, tal y como le dijimos anteriormente, cuál es su nivel de cotización, y segunda, qué prestación o prestaciones estaría interesado solicitar para así centrarnos en las mismas e informarle de los requisitos y procedimiento de acceso a las mismas.

➤ **5/ CASO DEL INMIGRANTE RUMANO CON VIH SIN SEGURIDAD SOCIAL**

5.1/ Resumen de los hechos

Un hombre seropositivo, de nacionalidad rumana nos consulta sobre si hay alguna manera de recibir el tratamiento antirretroviral sin estar dado de alta en la seguridad social, ya que en los tres años que lleva en España no ha trabajado nunca con contrato.

5.2/ Instrumentos invocados

La normativa analizada para resolver este caso fue la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad y el RDL 16/2012, (con entrada en vigor el 1 de septiembre del mismo año) que modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

5.3/ Artículos invocados

De la Ley 14/86 en concreto hemos utilizado el Art. 3.2 que dice que la asistencia sanitaria pública se extiende a toda la población española, pero no habla de los extranjeros, también el Art. 6.1.4 que establece que las Administraciones Públicas Sanitarias deben garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud y el Art. 10.14 que habla del derecho a obtener los medicamentos necesarios para restablecer la salud.

Del nuevo RDL 16/2012 el Art. 3 que dice quién tiene la condición de asegurado para recibir asistencia sanitaria en España y el Art. 3 ter que trata las situaciones especiales para que los extranjeros reciban asistencia sanitaria.

5.4/ Respuesta

Una vez analizada la normativa la respuesta fue la siguiente:

En este supuesto, nos plantea si no estando dado de alta en la Seguridad Social puede de alguna manera seguir recibiendo su tratamiento.

Pues bien, en España, la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad establece que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española (art. 3.2), y que las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias estarán orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud (art. 6.4). También, en esa misma ley establece que todos tienen derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado (art. 10.14).

No obstante, debido a la situación de crisis que vivimos actualmente, se han establecido por parte del Gobierno Central medidas de recortes en sanidad, por lo que se publicó el RDL 16/2012, (con entrada en vigor el 1 de septiembre del mismo año) que modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

En este RDL, en su artículo 3, se establece qué personas tienen la condición de asegurado; es decir, quiénes pueden acceder a la asistencia sanitaria en España de forma gratuita. Han de cumplir uno de los requisitos que se reflejan a continuación.

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”.

Tal y como nos dice en su e-mail está dado de alta como autónomo y está abonando las cuotas de la Seguridad Social. Por lo tanto, está dentro del apartado a) de ese artículo y puede recibir de forma gratuita el tratamiento antirretroviral.

El problema surgirá en el momento que deje de abonar esas cuotas porque automáticamente dejará de tener la condición de asegurado y no podría tener acceso a los tratamientos. La solución más rápida sería que encontrara un trabajo con contrato, lo que le incluiría dentro de la Seguridad Social y no habría problema alguno en recibir el tratamiento.

Este Real Decreto añade un nuevo artículo (art. 3 ter) que establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España sólo recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica. No podría acogerse a este artículo ya que los tratamientos antirretrovirales no están incluidos dentro de la asistencia sanitaria de urgencia. Sólo podría tener asistencia por aquellas enfermedades oportunistas que se desarrollaren como consecuencia del VIH.

Por lo que vemos, al no estar dado de alta en la Seguridad Social por regla general se quedaría sin acceso al tratamiento en un principio, pero por ejemplo, el Tribunal Constitucional se pronunció en un auto en el País Vasco, se opuso de forma tajante a estas medidas del Gobierno Central, pues sostuvo el mantenimiento de la atención sanitaria a los inmigrantes, ya que declaró que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física” de los inmigrantes sin papeles y la “conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad” tienen una “importancia

singular en el marco constitucional” que no puede verse “desvirtuada” por la “mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado (por la Abogacía del Estado)”.

Desafortunadamente esta medida no se está aplicando en todo el territorio nacional.

Cuando se aprobó ese RDL provocó que algunas Comunidades Autónomas, entre ellas Andalucía, las cuales, en el ejercicio de sus competencias, aseguraron que mantendrían la asistencia sanitaria para estas personas por lo que debería averiguar si en su comunidad se siguen dando este tipo de prestaciones.

Ese RDL también fue rechazado por las entidades sociales, como es el caso de la ONG Andalucía Acoge, la cual ofrece servicios de atención e información en diversas áreas, sanidad incluida donde puede averiguar si en Andalucía se siguen dando este tipo de prestaciones sanitarias. Por suerte para usted, tienen sede en la provincia de Málaga, en los municipios de Málaga, Fuengirola, Torre del Mar y Antequera.

5.2. Casos sobre Seguros

➤ 1/ CASO DEL SEGURO DE DECESOS

1.1/ Resumen del caso

Un hombre con VIH nos consulta debido a que quiere contratar un seguro de decesos y quiere saber si se puede encontrar problemas a la hora de contratar este tipo de seguros, en concreto su mayor miedo es que su familia encuentre algún problema a la hora de hacer uso del seguro en el futuro.

1.2/ Instrumentos invocados

En este caso como se trata de un tema de seguros nos encontramos a nuestra disposición la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, que es la aplicable en este caso.

1.3/ Artículos invocados

En concreto, para poder responder a esta consulta, nos fijamos en el art. 10 de la citada Ley ya que habla de los deberes que tiene el tomador a la hora de contratar un seguro.

1.4/ Respuesta

Atendiendo a la normativa estudiada la respuesta a esta consulta fue la siguiente:

Según la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, en el art. 10, establece que el tomador del seguro (el contratante) tiene el deber de contestar al cuestionario que le haga el asegurador, antes de que se produzca la firma del contrato, ya que mediante esta información la empresa hace la valoración del riesgo del contrato. Por tanto, si en el cuestionario se encuentra una pregunta relacionada con enfermedades del tomador éste deberá poner en conocimiento del asegurador que tiene VIH, pues es una circunstancia que puede influir en la valoración del riesgo por parte del asegurador. Por tanto la empresa aseguradora debe preguntar por todo aquello que le resulte de interés para valorar debidamente el riesgo, mediante un adecuado cuestionario.

No obstante, este mismo artículo establece que el tomador queda exonerado de este deber de declaración si no se realiza tal cuestionario por parte del asegurador, por lo que en ese caso no estaría obligado a decir nada respecto del VIH, ya que no existe un deber abstracto o general del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, pero sí el deber de contestación del cuestionario que hace el asegurador al tomador.

En el caso de que el asegurador le pregunte sobre su salud en dicho cuestionario, en concreto sobre este tipo de enfermedades neurodegenerativas o que ponen en peligro su sistema inmunológico, tendrá que decirle que es portador del VIH. En ese momento la empresa haciendo una valoración del riesgo de su situación realizará un contrato con usted con las condiciones que estime pertinentes.

Si por el contrario, en el cuestionario no se le pregunta nada relacionado con su estado de salud, no tiene obligación de declarar más allá de lo que se le ha preguntado y por tanto el asegurador no podría argumentar un incumplimiento del deber de declarar.

Por tanto, dándose uno u otro caso, a la hora de hacer uso de dicho seguro, su familia no tendría por qué tener ningún problema con el asegurador.

➤ 2/ CASO DE LA PÓLIZA DE SEGUROS

2.1/ Resumen de los hechos

Nos consulta un despacho jurídico debido a que un seguro no quiere abonar los perjuicios a su asegurado por las lesiones y secuelas sufridas en un accidente de tráfico, debido a que es una persona con VIH, dato que el asegurado había ocultado a la aseguradora pero que no tiene nada que ver con el accidente.

2.2/ Instrumentos invocados

La normativa analizada para resolver esta consulta fue la Ley de Contrato de Seguros.

2.3/ Artículos invocados

En particular, utilizamos el Art. 1 que explica lo que es el contrato de seguro y el Art. 10 que establece los deberes del tomador a la hora de contratar un seguro

2.4/ Respuesta

Después de analizar la normativa aplicable al caso la respuesta dada fue la siguiente:

En cuanto a la consulta que nos formula, vemos que según la Ley de Contrato de Seguros (art. 1) se establece que:

“El contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

En esta misma ley, en el art. 10, encontramos que “el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.”

Además, establece que en el caso de que el siniestro sobreviniese antes de que el asegurador hiciese la declaración del nuevo riesgo, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Pero si hubo dolo o culpa grave del tomador del seguro queda liberado el asegurador del pago de la prestación.

En este caso concreto, si se atiende a la relación causal vemos que el VIH o SIDA no tiene ninguna relación con las consecuencias del siniestro, ya que las lesiones y secuelas son a consecuencia del accidente y no por tener esta enfermedad.

La doctrina jurisprudencial señala que "en cualquier caso la violación del deber de declaración ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos, de manera que no se trate solamente de calificar la conducta del declarante asegurado como de buena o mala fe, sino sobre toda atenerse el Tribunal a la objetividad de si la conducta del asegurado o tomador del seguro viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte al proporcionar datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental que le viene a desorientar e impulsar a celebrar un contrato que no hubiera concertado de haber conocido la situación real del tomador del seguro o al menos si éste le hubiese manifestado todas las circunstancias que conocía".

En un caso parecido por problemas con un seguro (aunque no con VIH) -SAP de Barcelona (Sección 11ª) Rec. 632/1999 de 18 de abril de 2001 el tribunal entendió que: "se desprende que el asegurado al rellenar el cuestionario no describe un estado físico irreal, ni tampoco acuita datos objetivos de incidencia esencial en el contrato pues desconocía que padeciera hipertensión arterial e hipercolesterolemia, y las otras enfermedades, incluida el accidente de circulación, no influyeron para nada en su vida cotidiana y no guardan relación con el accidente cerebral, y en cuanto el tabaquismo la pregunta que se le formula es sobre las doce meses anteriores a la Firma de la póliza, y no durante su vida, sin que la demandada haya demostrado que el actor siguiera fumando durante el tiempo por el que fue preguntado, por lo que estimamos que su conducta no puede ser considerada como de mala fe, y por tango no existe infracción de los arts. 89 y 10 de la Ley de Contrato de Seguro".

Por lo que podemos entender que aunque los datos que aportó en el formulario no eran exactamente correctos, en nada influye su enfermedad (dato que ocultó) con las lesiones que el accidente le produjo, por lo que el Seguro debería responsabilizarse.

5.3.- Casos relativos a denuncias

➤ 1/ CASO DE DENUNCIA AL COLEGIO DE MÉDICOS DE MÁLAGA

1.1/ Resumen de los hechos

En este caso un hombre con VIH que quería hacerse una operación laser en la vista acudió al centro médico acompañado por su madre, que desconocía que tenía esa enfermedad, al entrar en la consulta el médico le dijo que no le operaba aún encontrándose dentro de los parámetros para poder ser operado por tener VIH, momento en el que su madre se enteró de su enfermedad. Quiere saber si el médico ha roto el secreto médico-paciente por revelar a su madre que padece VIH y también quiere saber si puede hacer algo respecto de la negativa del médico a operarle.

1.2/ Instrumentos invocados

Para resolver este caso la normativa consultada fue la Ley de Autonomía del Paciente, el Código Deontológico Médico, la Constitución española y finalmente el Código civil (CC.).

1.3/ Artículos invocados

Los artículos utilizados para la elaboración de esta respuesta fueron:

- El Art. 5 LAP que establece quien es el titular del derecho a la información.
- El Art. 14 CE que establece la igualdad y prohíbe la discriminación.
- Por último, el Art. 1902 CC. Que establece que sea indemnizado el que haya sufrido algún daño por causa de otro.

1.4/ Respuesta

Después de analizar la normativa la respuesta dada fue la siguiente:

Buenos días.

En relación con su consulta, vemos que se plantean dos hechos conflictivos distintos, por una parte la revelación de su enfermedad a otras personas y por otro lado la negativa de operarle.

Sobre la primera cuestión encontramos en la Ley de Autonomía del Paciente que el médico tiene el deber de informar debidamente de forma oral al paciente sobre como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. La información además debe ser adecuada y comprensible para el paciente y por supuesto verdadera, además en este caso, la forma oral le da inmediatez a la respuesta.

Ante todo, el titular del derecho de información es el paciente, no obstante pueden ser informadas las personas vinculadas a él, como en este caso por razones familiares, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o también puede ser de una manera tácita (art. 5).

Por tanto, aunque el médico tiene la obligación de guardar el secreto médico-paciente, al entrar en la consulta acompañado de su madre, éste pudo entender que tácitamente estaba dando el consentimiento para que fuera informada de todo lo que en la consulta se iba a hablar, no siendo consciente de que desconociera esos datos y por tanto sin haber mala fe por parte del médico que le atendió.

En cuanto a la mención que hace de un compañero del médico, decir que según el Código Deontológico Médico el secreto profesional obliga a todos los médicos, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio, por lo que esa persona no puede hablar sobre los datos que se revelaron en la consulta médica.

La segunda cuestión que se nos plantea es la negativa de realizar la operación por parte del médico, lo que puede estar vulnerando derechos tan fundamentales como el derecho a la salud y a la no discriminación, protegidos en nuestra Constitución.

Según el Código Deontológico Médico si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas juzga inadecuado, tras informar al paciente debidamente, queda dispensado de actuar. Por tanto, nos encontramos ante datos que sólo los médicos pueden conocer, por lo que para poder reclamar debería obtener el informe de otros médicos que digan que es posible realizarle la operación, para que así quede claro que se trata de una discriminación hacia usted.

Cuando obtenga esos informes podrá reclamar al médico por la discriminación sufrida, pues este derecho se encuentra recogido en el art. 14 de la CE, además podría pedirle una indemnización por los daños y perjuicios causados al no haberle realizado la operación, en virtud del art. 1902 del Código Civil.

➤ 2/ CASO DE LA MUJER INFECTADA POR SU PAREJA

2.1/ Resumen de los hechos

Una mujer de 64 años infectada de VIH por su pareja estable nos consulta si puede pedir una indemnización a éste por los daños causados, la cuantía de ésta, también consulta si puede denunciarle, puesto que su pareja contrajo el VIH por mantener una relación sexual con una prostituta sin precaución alguna.

2.2/ Instrumentos invocados

En este caso la normativa aplicada ha sido la Constitución española y el Código Penal.

2.3/ Artículos invocados

En concreto, hemos utilizado el art. 18 CE que establece el derecho al honor y a la intimidad personal, así como el art. 149.1 CP que establece una pena de prisión para aquel que cause una grave enfermedad a otro.

2.4/ Respuesta

Después de analizar toda la normativa y toda la información recabada la respuesta dada fue la siguiente:

Buenos días.

Procedemos a responder las preguntas que nos plantea en su e-mail, aunque no en el mismo orden, para poder seguir un orden jurídico lógico.

La primera que le vamos a responder en la referente a si puede denunciarle por haberla transmitido el VIH.

Tal y como nos dice llevan más de 19 años como pareja estable. Dicho periodo de tiempo establece lo que se denomina una relación de confianza entre ambos. Esta situación, conlleva, entre otras cosas, que cada uno de los miembros no consiente ninguna asunción de riesgo o peligro por parte de acciones y decisiones del otro miembro. Es decir, si su pareja ha querido poner en riesgo su vida por medio de actos peligrosos, como son mantener relaciones sexuales con una prostituta sin usar preservativos, no implica que él pueda poner en riesgo la vida de los demás, y en especial la suya, ya que no está obligada a sufrir tal lesión.

El Tribunal Supremo, a raíz de su sentencia 528/2011, dice que el mantener relaciones sexuales sin informar a la pareja de que se es portador de VIH no es delito si él pone medios suficientes para no transmitir la enfermedad, como puede ser el uso del preservativo. Esto se debe a que nadie está obligado a decir a un tercero si está infectado de VIH (derivado del artículo 18 de la Constitución referente a la protección de honor y a la intimidad personal y por la posible criminalización que pueda derivarse de esa confesión) aunque ese tercero sea su pareja estable, como en el caso que nos cuenta. Eso sí, se le exige, al portador del VIH, que ponga la suficiente diligencia a la hora de colocarse el preservativo para evitar que se rompa y se cause esa posible transmisión. Por lo tanto, habría que preguntarla si desde que su pareja tuvo relaciones sexuales con la prostituta las relaciones sexuales que ha mantenido con usted han sido con o sin protección, ya que podría ser o no constitutivo de un acto ilícito.

Además, si ha usado preservativo, siguiendo la mencionada sentencia, se excluye el dolo directo (es decir, que su marido quiere infectarle el VIH sí o sí) e incluso el dolo eventual (él sabe que puede darse esa infección pero aún así continúa realizando el acto ilícito penal); quedando por tanto la imprudencia inconsciente de su marido.

Desde que tuvo las relaciones sexuales con la prostituta él no es consciente en absoluto de que es portador de la enfermedad, por no haber tomado las precauciones debidas. Debería haberlas tomado ya que aunque uno esté sano, no sabe cuáles han sido las prácticas sexuales que ha tenido la otra persona durante su vida; por lo que el uso del preservativo es fundamental para evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH. Esta situación de desconocimiento podría ser usado por la defensa de su pareja ya que la falta de conocimiento de la realización de un acto ilícito podría incluso eximirle de responsabilidad criminal.

Quedaría por tanto saber si su pareja utilizó o no preservativos cuando tuvieron relaciones sexuales durante este período de tiempo, pues supondría saber si hay un cierto grado de dolo; es decir, sabiendo su pareja sobre la posibilidad de haber contraído alguna enfermedad de transmisión sexual, quería contagiárselo al mantener relaciones sexuales sin protección.

En caso de que él hubiera pretendido de forma voluntaria el contagio, el Código Penal recoge en su artículo 149.1 que aquel que causara, entre otras, una grave enfermedad somática, como puede ser el SIDA, a un tercero será castigado con

una pena de prisión de 6 a 12 años. Por lo tanto, al estar recogido este hecho como un delito tiene usted la facultad de poder denunciar a su pareja por haberle infectado. El juez encargado analizará su caso en cuestión y tendrá en cuenta si se dan una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que podrían disminuir o aumentar la pena de prisión original.

Ya sabiendo que tiene fundamentos para denunciar a su pareja, comentarle una serie de aspectos importantes referentes a la parte procesal penal de su caso.

A la hora de denunciar puede hacerlo a través de dos cauces; a través de una demanda o a través de una querrela. Pueden parecer lo mismo pero no es así, ya que tienen notables diferencias que hacen que en según qué casos sea conveniente una u otra.

La demanda es una simple comunicación de determinados hechos que tienen carácter de infracción penal. Es un trámite gratuito, el inconveniente es que no se forma parte del procedimiento penal. Pero como en su caso lo va a hacer en su propio nombre sobre unos hechos que le atañen es mejor interponer una querrela y así formar parte de la acusación. Ésta, la querrela, no es gratuita y se necesita de procurador y abogado con poder especial para pleitos.

Y para que tenga éxito en sus pretensiones ante la justicia, su abogado tendrá que centrarse en dos aspectos importantes. El primero es que la denuncia o la querrela esté bien conformada para que sea admitida a trámite. Y el segundo es que utilice fundamentos jurídicos de peso para obtener una sentencia condenatoria favorable a sus pretensiones.

La segunda respuesta es sobre la indemnización que podría obtener por el daño causado.

Habría que establecer previamente si ha habido un acto ilícito por parte de su pareja, si ha puesto la diligencia debida cuando han mantenido relaciones sexuales, ya que si no ha habido acto ilícito tendría que ir a la jurisdicción civil, para reclamarle una indemnización por el contagio.

En caso de que sí hubiera cometido un acto ilícito penal, aunque en los artículos donde se tipifica el delito realizado no se refleja que el acusado tenga que indemnizar al demandante, sí que lo hace el artículo 109 y siguientes del Código Penal. Se establece que el acusado tiene que reparar los daños causados. Como en su caso no se puede volver al estado anterior al no haber cura aún para el VIH, queda por tanto el derecho a indemnización por tal acto. Podría solicitar una doble indemnización, por un lado por la propia enfermedad contraída, y por otro lado, por los daños morales y psíquicos que dicho contagio le van a ocasionar tales como llevar un tratamiento para toda su vida, limitaciones en su vida y relaciones cotidianas, etc. También, en este caso, será el juez de turno quién determine el importe de la cuantía indemnizatoria.

Comentarle además, en esta segunda opción, que si quiere puede solicitar la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil, jurisdicción en la que las cantidades pecuniarias suelen ser más elevadas que en la Penal.

➤ **3/ CASO DE LA PAREJA INFECTADA POR UN TERCERO**

3.1/ Resumen de los hechos

Nos consulta un hombre de 29 años que nos explica que años atrás tuvo relaciones con un hombre que resultó tener VIH y que por tanto le infectó, ahora se han enterado que su pareja actual también mantuvo relaciones sin protección con esa persona y nunca le dijo nada sobre el VIH, con lo que no saben si estará infectado o no y quieren saber si se puede denunciar los hechos.

3.2/ Instrumentos invocados

En este caso la normativa aplicable es el Código Penal y la Constitución.

3.3/ Artículos invocados

Concretamente hemos utilizado tanto el art. 149.1 CP que establece pena de prisión para el que cause una grave enfermedad a otro y el art. 18 CE que garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal.

3.4/ Respuesta

Analizada la normativa la respuesta que dimos a esta consulta fue la siguiente:

Buenos días.

Tras la remisión de la contestación sobre la pregunta requerida para poder enfocar mejor su caso procedemos a contestarle.

El primer paso sería acudir al Código Penal y ver si hay algún artículo que pueda ser de aplicación al caso planteado por usted. Lo hay, es el art. 149.1 que establece una pena de prisión de 6 a 12 años para quién causara a un tercero una grave enfermedad somática como puede ser el SIDA. Vemos por tanto que usted tiene fundamento jurídico para denunciar a la persona que le infecto, así como también su pareja en caso de que los resultados de los análisis diesen positivos.

Pero puede encontrarse un inconveniente que puede ser usando por parte de la defensa del acusado y que le impida lograr una sentencia favorable a sus pretensiones. La razón de que le preguntásemos sobre la naturaleza de la relación que tuvo con esa persona es muy simple. La jurisprudencia ha establecido unas consecuencias según el tipo de relación de pareja que se tiene o se ha tenido.

En las relaciones de pareja permanente se da una “relación de confianza” por la que cada uno de los miembros no consiente ningún riesgo por parte de las acciones del otro miembro. Es decir, en caso de uno de ellos por su actos perjudicase a su pareja, y al no haberle dado su consentimiento previo, se está cometiendo un acto ilícito penal y por tanto la víctima puede interponer acciones legales contra su pareja por haber roto esa confianza.

Pero en el caso de las relaciones esporádicas, como nos ha respondido que ha sido su caso, aparece lo que se denomina una “autopuesta en peligro consentida”. Esto conlleva que en delitos de resultado (como por ejemplo la infección del VIH) dicho resultado es imputable también al que consiente tal acto, es decir, a la víctima del mismo. Aunque esta persona en su momento le hubiera dicho que estaba sana, nadie está obligado a decir la verdad sobre información relativa a su propia persona amparándose en el art. 18 de la Constitución (Derecho a la intimidad personal y al honor).

Aquí su abogado tendría que argumentar en base a la doctrina que defiende en aquellos casos en los que hay una autopuesta en peligro consentida, que la víctima no pierde la protección del derecho penal aunque haya dado ese consentimiento previo. Se considera que la acción arriesgada, mantener la relación sexual con un desconocido, que desemboca en la infección de VIH tiene su origen en la conducta del acusado al decirle que estaba sano; por lo que usted no era libre de decidir y por tanto evitar el peligro creado por el acusado. Es decir, ese consentimiento no se considera válido, ni tampoco elimina la imputación del acto realizado por el acusado, así como no excluye la tipicidad penal del mismo. Aunque se le podría reprochar su irresponsabilidad.

Para contrarrestar este fundamento, que puede ser utilizado en su contra, usted podría alegar si esta persona sabía o no de su estado serológico y si en el momento de mantener relaciones sexuales utilizó o no preservativo. El no usar

protección por parte del infectado puede llevar a que se considere que está actuando o bajo dolo directo (que sabiendo de su estado quiera infectarle sí o sí) o bajo dolo eventual (sabiendo que puede darse la infección, pero no queriendo que se produzca, sigue realizando la acción, o en este caso la relación sexual).

En cambio, si ha usado preservativo y ha puesto la diligencia debida para evitar que éste se rompa y se produzca infección alguna excluye esos dos tipos de dolos, dándose una imprudencia; y por lo tanto no ha cometido delito.

Si está decidido a llegar hasta los tribunales, comentarle una serie de aspectos importantes referentes a la parte procesal penal de su caso.

A la hora de denunciar puede hacerlo a través de dos cauces; a través de una demanda o a través de una querrela. Pueden parecer lo mismo pero no es así, ya que tienen notables diferencias que hacen que en según qué casos sea conveniente una u otra.

La demanda es una simple comunicación de determinados hechos que tienen carácter de infracción penal. Es un trámite gratuito, el inconveniente es que no se forma parte en el procedimiento penal. Como en su caso lo va a hacer en su propio nombre, sobre unos hechos que le atañen, es mejor interponer una querrela y así forma parte de la acusación. Ésta, la querrela, no es gratuita y se necesita de procurador y abogado con poder especial para pleitos.

Y para que tenga éxito en sus pretensiones ante la justicia, su abogado tendrá que centrarse en dos aspectos importantes. El primero es que la denuncia o la querrela esté bien conformada para que sea admitida a trámite. Y el segundo es que utilice fundamentos jurídicos de peso para obtener una sentencia condenatoria favorable a sus pretensiones.

➤ **4/ CASO DE PERSONA DENUNCIADA EN MÁLAGA**

4.1/ Resumen de los hechos

Llega la consulta de un hombre de Málaga que dice haber sido denunciado por otra persona como presunto autor de un delito de lesiones por haberle transmitido el VIH durante una relación sexual, éste asegura que el siempre uso precauciones y que además advirtió de su enfermedad a la otra persona y se pregunta hasta qué punto puede ser culpable si tomó precauciones y avisó a la otra persona.

4.2/ Instrumentos invocados

En este caso la normativa analizada para resolver la consulta ha sido la Constitución Española y el Código penal.

4.3/ Artículos invocados

En concreto, los artículos utilizados han sido el art. 18 de la Constitución que garantiza el derechos al honor y la intimidad personal y el Art. 149 CP El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

4.4/ Respuesta

Una vez analizada toda la normativa relativa a este caso la respuesta que dimos fue la siguiente:

Tras ver el e-mail en el que nos plantea su caso, comentarle que éste se centra en dos aspectos importantes. Por un lado los resultados de la prueba filogenética que se van a hacer, y por otro las dos diferentes versiones que ofrecen tanto usted como la persona que le ha acusado.

El primero de ellos es la prueba filogenética, la cual sirve, haciendo un análisis retrospectivo de la evolución del VIH que tienen ambos, para determinar si se originaron en una cepa común. Si diera como resultado que ambos virus son de cepas distintas no habría problema, ya que supondría que fue otra persona la que le infectó y no usted. En cambio, si diera como resultado que ambos son de la misma cepa, el tribunal se decantaría más a que fue usted quién le transmitió el VIH. Faltaría por tanto analizar el otro de los aspectos; determinar qué valor va a dar el juez a los testimonios aportados por ustedes.

Nos cuenta que han dado dos versiones de los hechos; usted diciendo que sólo hubo un encuentro sexual con protección y la otra persona diciendo que hubo dos, con y sin protección cada uno de ellos. Sus oportunidades de lograr un resultado positivo a sus intereses pueden verse mermadas en esta situación, ya que es su palabra contra la del otro y no hay testigos que ayuden a decantarse por la suya (ni tampoco por la otra). Por lo tanto, habrá que ver en estos casos cuál de las dos tiene más peso en un juicio.

Según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, como la 725/2007, la 409/2004, o la 2035/2002) respecto a este tipo de casos en los que sólo hay testimonio de la víctima (sin terceros que puedan corroborar su versión), cuando no hay razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juez, pueden ser consideradas como veraces y destruir por tanto la presunción de inocencia. Para que esto sea así, ese testimonio ha de cumplir una serie de requisitos acumulativos:

- Ausencia de incredibilidad subjetiva, que puede derivar tanto de las características físicas de la víctima, como por ejemplo su grado de madurez o el tener trastornos mentales, o personales, que tenga tendencias fantasiosas o un odio, resentimiento, o venganza contra el acusado.
- Verosimilitud en su testimonio. Su declaración ha de ser lógica en sí misma y sin contenido inverosímil; así como rodeada de corroboraciones de carácter objetivo obrantes en el proceso.
- Persistencia en la incriminación, por lo que se entiende que ésta debe ser mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades, contradicciones, modificaciones sucesivas... manteniendo el testimonio de una conexión lógica entre sus diversas partes.

Todos estos requisitos son debidos a que el testimonio único de la víctima requiere un análisis detallado y exhaustivo de la calidad de su contenido y de la veracidad subjetiva de quien lo presta.

Por lo tanto, si la prueba filogenética establece que ambos virus son de la misma cepa y el tribunal se decanta por la versión del que le ha acusado, su argumento perdería credibilidad y podría ser considerado autor de un delito de lesiones tipificado en el art. 149.1 del Código Penal con una pena de prisión de 6 a 12 años.

En sentido contrario, si tanto la prueba filogenética da como resultado que usted no le infectó, el tribunal considerará creíble su argumentación (que hubo un único contacto sexual con protección y previo aviso de su condición de portador del VIH) y estaría libre de toda imputación. El Tribunal Supremo, a raíz de su sentencia 528/2011, dice que el mantener relaciones sexuales sin informar a la pareja de que se es portador de VIH no es delito si él pone medios suficientes para no transmitir la enfermedad, como puede ser el uso del preservativo. Esto se debe a que nadie está obligado a decir a un tercero si está infectado del VIH (derivado del artículo 18 de la Constitución referente a la protección de honor y a la intimidad personal y por la

posible criminalización que pueda derivarse de esa confesión) aunque ese tercero sea su pareja estable. Eso sí, se le exige, al portador del VIH, que ponga la suficiente diligencia a la hora de colocarse el preservativo para evitar que se rompa y se cause esa posible transmisión.

Además, si ha usado preservativo, siguiendo la mencionada sentencia, se excluye el dolo directo (es decir, que usted quería infectarle el VIH sí o sí) e incluso el dolo eventual (usted sabe que puede darse esa infección, pero aún así, continúa realizando el acto ilícito penal); quedando por tanto la imprudencia inconsciente, que lleva aparejada una pena muy inferior a que si fuera acusado por un delito de lesiones del anterior artículo citado del Código Penal.

Por último, junto con lo mencionado hasta ahora, tendría otro argumento para defender sus intereses, que es probar su inocencia. En las relaciones esporádicas (entiéndase todo lo que no tenga la condición de “estable”, independientemente del número de encuentros que se tenga) aparece lo que se denomina una “autopuesta en peligro consentida”. Esto implica que en estos casos, en delitos de resultado (como es la infección del VIH), dicho resultado también se le imputa a ese tercero.

Se debe a que ese tercero consiente, con carácter de válido, dicho acto (en este caso, las relaciones sexuales) y todo lo que de él se deriven. Si uno mantiene relaciones sexuales con un desconocido sin protección alguna, se entiende que acepta los posibles resultados que de dicho acto se deriven.

El abogado del que le ha demandado podrá argumentar que ese consentimiento estaba viciado, no era válido, ya que el tercero no conocía de su estado serológico (si no le comentó en ningún momento de su condición, cosa que según su e-mail sí que hizo), pero usted, amparándose el artículo 18 de la Constitución (derecho a la intimidad personal y al honor) puede defenderse diciendo que nadie está obligado a decir verdad sobre información alguna relativa a su propia persona, como puede ser el tener VIH.

5.4. Casos sobre Ordenanzas y Oposiciones

➤ 1/ CASO DEL TAXISTA

1.1/ Resumen de los hechos

Recibimos la consulta de un taxista con VIH, debido a que en una ordenanza municipal se especificaba que para renovar el carnet municipal del conductor se solicitaba “Certificado médico oficial en vigor acreditativo de no padecer enfermedad infecto-contagiosa o impedimento físico que imposibilite el normal ejercicio de la profesión expedido por facultativo” y quería saber si el VIH es una enfermedad infecto-contagiosa y si debería preocuparse por perder su empleo.

1.2/ Instrumentos invocados

En este caso la normativa utilizada es municipal, pues para resolver el caso tuvimos que analizar el reglamento regulador del Servicio de Vehículos de Alquiler con aparato taxímetro, publicado el 22 de mayo de 2007 en el Boletín Oficial de la provincia de Santa Cruz de Tenerife y también el Real Decreto 1030/2006, de 15 de octubre, en el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en su art. 5.1.1. se refiere al VIH como una enfermedad infecciosa.

1.3/ Artículos invocados

Los artículos finalmente invocados para responder la consulta fueron el Art. 5 del reglamento regulador del Servicio de Vehículos de Alquiler con aparato taxímetro que establece los requisitos para la obtención de licencias y el Art. 10.7

que habla sobre el certificado médico que debe tener el solicitante de la licencia, así como el Art 5.1.1 del RD 1030/2006 que se refiere al VIH como una enfermedad infecciosa.

1.4/ Respuesta

Una vez estudiada toda la normativa e información relativa al caso la respuesta dada fue la siguiente:

Analizando el caso que nos plantea, la primera fuente a la que debemos acudir es la normativa municipal que se esté aplicando en temas de concesión de licencias de taxis.

Viendo el reglamento regulador del Servicio de Vehículos de Alquiler con aparato taxímetro, publicado el 22 de mayo de 2007 en el Boletín Oficial de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, vemos que en su artículo 5, referido a los requisitos para la obtención de las licencias, en su apartado e) se pide que el solicitante no tenga ninguna enfermedad de carácter infecto-contagioso, lo cual deberá probar a través de un certificado médico, tal y como se establece en el art. 10.7 del mismo reglamento.

En caso de que tuviera en el certificado una mala calificación del VIH como enfermedad infecto-contagiosa y perdiera su trabajo; es ahí, en esa errónea adjetivación de la enfermedad, donde su abogado tendría que centrarse para lograr una solución favorable a sus intereses.

En general hay dificultades a la hora de distinguir cuál es el significado que tienen infeccioso, transmisible y contagioso. En la vida cotidiana son usados de forma indistinta ya que se consideran que son sinónimos entre sí. Propiamente dicho no lo son, ya que tienen pequeñas diferencias, respecto a las medidas a adoptar para evitar las distintas enfermedades, las cuales se van a mencionar a continuación:

- El adjetivo infeccioso hace referencia a una enfermedad que ha sido causada por microbios patógenos (como bacterias, hongos, virus...), y por lo tanto con el potencial de ser transferida infinitamente a más personas; o incluso no serlo.
- El adjetivo contagioso lleva implícito la idea de la transmisión de la enfermedad por contacto directo o indirecto entre dos individuos, pero no implica necesariamente la intervención de un microbio patógeno, como en las enfermedades infecciosas.
- Y por último, el adjetivo transmisible puede aplicarse a cualquier enfermedad capaz de pasar de un individuo a otro ya sea por contagio, infección o de forma genética

El VIH se engloba dentro de las enfermedades infecciosas según la Clasificación Internacional de Enfermedades publicado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de octubre, en el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en su art. 5.1.1. se refiere al VIH como una enfermedad infecciosa.

Pero que el VIH sea transmisible no implica que pueda ser a través de cualquier medio. El VIH sólo se trasmite por 3 vías:

- 1) Sexual: A través de un acto sexual sin protección si hay contacto con secreciones infectadas con la mucosa genital, rectal u oral de la otra persona.
- 2) Parental: A través del contacto con sangre infectada por el virus cuando ésta penetra en la corriente sanguínea del no infectado.
- 3) Vertical: De madre a hijo durante las últimas semanas del embarazo, durante el parto o a través del amamantamiento.

Se puede resumir, en base a lo anteriormente mencionado, que hay transmisión de VIH entre dos personas si hay contacto directo entre ambos cuerpos y a través de un intercambio de fluidos (sangre, semen, secreciones vaginales y leche

materna). No se han descrito casos de transmisión ni por saliva, ni por lágrimas, ni por sudor.

Por lo tanto el trabajo de taxista, aunque él sea portador del VIH, no implica que vaya a darse cualquiera de los casos por los que se transmite. No se corre el peligro de que se vaya a infectar a los clientes que tenga durante el ejercicio normal de su actividad. Y en definitiva no tendría por qué perder su puesto de trabajo.

Comentarle además algunos aspectos a tener en cuenta al ser usted trabajador y portador del VIH, tanto para este trabajo como para otros trabajos futuros.

- No puede ser descartado en un proceso de selección si no existe riesgo demostrable de transmisión de VIH a terceras personas en el desarrollo de sus funciones
- Y tampoco durante las entrevistas a decir que se es o no portador del VIH.
- Tiene derecho a no ser discriminado una vez que haya sido contratado por circunstancias relativas a cualquier tipo de disminución de índole físico o psíquico, siempre y cuando se halle en condiciones óptimas para trabajar.
- Los controles médicos, que se han de garantizar a todos los empleados, sólo podrán llevarse a cabo si presta su consentimiento; sobre todo si dentro de esos controles se le va a hacer la prueba del VIH, ya que no está obligado a que se haga dicha prueba sin su autorización previa. En todo caso debe respetarse el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los resultados.

➤ 2/ CASO DE LAS OPOSICIONES AL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

2.1/ Resumen de los hechos

Nos consulta un chico que está estudiando para las Oposiciones al Cuerpo Nacional de Policía y hace unos meses le diagnosticaron VIH, por lo que no sabe si puede continuar con las oposiciones y presentarse o si tiene que dejarlo ya que uno de los motivos permanentes de exclusión de las oposiciones es padecer enfermedades de transmisión sexual.

2.2/ Instrumentos invocados

En este caso la normativa a analizar fue la Orden del Ministerio del Interior, en concreto el Anexo III y la Constitución Española.

2.3/ Artículos invocados

Hemos utilizado el Anexo III de la Orden del Ministerio del Interior habla de las enfermedades que excluyen de manera automática a cualquier aspirante dentro de un proceso de oposiciones y el Art. 6.1.4 de la resolución que establece que automáticamente se presta consentimiento para determinar si se da alguna de las enfermedades de ese Anexo III, también el Art. 14 de la Constitución Española que habla del principio de igualdad y no discriminación.

2.4/ Respuesta

La respuesta dada en este caso tras el análisis de la normativa fue la siguiente:

Como bien dice en su consulta, en la Orden del Ministerio del Interior con fecha 11/01/1988 se desarrolla el Anexo III que comprende aquellas enfermedades que excluyen de manera automática a cualquier aspirante dentro de un proceso de oposiciones, como es en este caso en la Resolución de 18 de octubre de 2012 por las que se convocan oposiciones al Cuerpo Nacional de Policía (CNP en adelante).

Dentro del apartado “Otras exclusiones” (del Anexo III) en la subsección “Otros procesos patológicos” se establece como un criterio de exclusión el tener alguna enfermedad de transmisión sexual. Como es sabido, una de las vías de transmisión del VIH es a través de un acto sexual cuando se haga sin protección y haya contacto con secreciones infectadas con la mucosa genital, rectal y oral de la otra persona.

En todos los controles médicos que se quiera detectar si la persona tiene el VIH es necesario que ésta preste su consentimiento, y si lo da se tiene que respetar el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los resultados. En el art.6.1.4 de la resolución se establece que automáticamente se presta dicho consentimiento (para determinar si se da alguna de las enfermedades de ese Anexo III). Aunque dichos resultados serán puestos a disposición del Tribunal Calificador para la correspondiente valoración, pero si este órgano aplicara esa confidencialidad tendría otra causa distinta que reclamar como es la vulneración del derecho al honor y a la intimidad personal.

Por lo tanto, según esto usted estaría automáticamente excluido del proceso selectivo. Pero no por ello ha de desistir, por el mero hecho de ser portador del VIH, en su empeño de no sólo aprobar la oposición sino también de obtener plaza.

Este Anexo III ha sido duramente criticado por diversos sectores de la sociedad que consideran que se incluyen enfermedades y condiciones de la persona que poco o nada influyen en el trabajo normal a desempeñar. Por ejemplo, que una persona sea diabética o tenga una cicatriz en la cara le excluye de este o de otras oposiciones que remitan a este anexo. Por ese motivo, lo que han abogado en otros casos es que, como en el suyo en cuestión, el Anexo III contiene una restricción discriminatoria hacia colectividades de personas con alguna patología o característica concreta, como es el caso de aquellos con VIH.

El art. 14 de la Constitución Española dice que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”* La última parte del artículo es una lista residual, tal y como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 75/1983 *“la específica mención de estas causas no implica, sin embargo una lista cerrada de supuestos de discriminación.”* Por tanto, el ser excluido de un proceso selectivo, en este caso una oposición, por tener el VIH es una discriminación prohibida por este artículo.

El principio de igualdad implica que a los iguales hay que tratarlos de igual manera y a los desiguales de forma desigual. Sólo un trato desigual o diferenciado entre los iguales está permitido si hay una justificación fundamentada. Esta aparente desigualdad ha de cumplir dos requisitos. Por un lado ser razonable para acabar con esa desventaja, y por otro lado ser proporcionada para evitar que la mayoría sea discriminada por esa minoría en cuestión.

Ahora bien, esta manifestación del principio de igualdad parece no aplicarse plenamente en el ámbito del CNP. El tener VIH antes de hacer las oposiciones supone la exclusión automática del proceso de selección, en cambio esto no ocurre si ya se está dentro del cuerpo y el VIH sobreviene. En este caso la persona no sería expulsada del cuerpo de policía, sino que sería trasladada a un departamento/sección en la que se minimizase al máximo el riesgo de infectar a terceras personas. Tendría que tener en cuenta que en el caso de que acabase ingresando en el CNP no estaría realizando tareas o funciones que sean susceptibles de transmisión del VIH.

Centrándonos ahora en cómo llegar a una solución favorable a sus pretensiones, las formas de actuar en su caso serían las siguientes:

La primera de ellas sería que impugnase las oposiciones antes de que comenzaran los primeros exámenes. Lamentablemente esta opción no es posible ya que en la propia resolución que convoca las oposiciones establece un plazo de 30 días a contar desde su fecha de publicación en el BOE para interponer o un recurso de reposición ante la Dirección General de Policía o un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid. Como la fecha de la publicación fue el 5 de noviembre de 2012 tendría hasta el 5 de diciembre; por lo que dicho plazo expiró hace bastante tiempo.

En segundo lugar, podría hacer las oposiciones e ir superando las diferentes pruebas antes de llegar al examen médico. Si aquí en los resultados se revelase que tiene el VIH, y por consiguiente fuera excluido automáticamente, impugnar el acto igualmente por discriminación.

Tendría que presentar una demanda de nulidad al Tribunal Calificador de la oposición. En dicho escrito tiene que incluir los siguientes datos:

- Identificación personal: Nombre y apellidos, DNI, dirección de notificación... toda aquella información que sea susceptible de identificarle.
- Exposición de motivos; en los que ha de comentar su caso en cuestión – la discriminación que ha sufrido por la aplicación del Anexo III.
- Solicitud de la nulidad de la oposición en base a lo anteriormente expuesto.

En caso de que este tribunal no hiciera caso a su solicitud, o aunque si se le contesta no hay una motivación suficiente, tendría que acudir, o bien ante el organismo que ha convocado las oposiciones, el CNP, o bien ante la administración pública de la que depende este organismo que es el Ministerio del Interior. Si en este punto hay silencio administrativo negativo o fallan en contra de su pretensión, tendrá que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer valer sus intereses.

Es recomendable que si quiere llegar a la jurisdicción ordinaria vaya recurriendo cada acto de los distintos organismos al ser frecuente que los tribunales de justicia se aprovechen de que no se han recurrido dichos actos y entienda que en su momento dado usted lo consintió, y con ello quitarse el recurso de en medio.

En este sentido hay una sentencia de la Audiencia Nacional (recurso contencioso-administrativo 56/2002, de mayo de 2004) que trata sobre un caso similar al suyo. En él, un hombre es excluido de las oposiciones al Cuerpo de Ayudantes de Penitenciarias por tener VIH. La sentencia se centra fundamentalmente en la falta de justificación y/o motivación por parte de la Administración Pública de esa discriminación.

La Sala anuló la lista definitiva de aprobados de la oposición ya que la Administración en cuestión no motivó de forma clara y concisa cómo, cuándo y en qué circunstancias el ser portador del VIH puede afectar al normal desarrollo de las funciones del cargo al que se aspiraba. Se tendría que establecer qué alcance de transmisibilidad puede tener el VIH en función de su carga serológica y también una relación de las funciones a realizar, sobre todo aquellas en las que pueda haber un contacto físico con un tercero y por ello riesgo de infección. Además, también recuerda que no se tuvo en cuenta las circunstancias personales concretas de esta persona; no hubo una individualización de cada uno de los posibles candidatos con VIH, ya que todos de forma automática eran excluidos.

Tal y como usted dice en su consulta se está medicando desde el momento que conoció su estado serológico y la carga viral que tiene actualmente es indetectable. Debería adjuntar, por tanto, aquellos informes médicos en el que demuestre este hecho. La anterior sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que además de mantener la postura de la Audiencia Nacional respecto del deber de motivación de la exclusión de ese aspirante, también manifestó que esta persona debió haber acreditado de manera suficiente que el VIH no era un obstáculo para el ingreso a ese cuerpo, y por consiguiente, para la realización de las funciones asignadas a dicho puesto de trabajo.

Dos personas seropositivas pueden tener o no patologías y síntomas iguales que conlleven a tener calidades de vida totalmente distinta en función de su carga serológica; la cual puede influir o no en su día a día y en su trabajo. Solamente se podría restringir el acceso a este puesto de trabajo si la realización de su actividad implica riesgos tanto a su salud como a terceros (que haya riesgo de infección, como por ejemplo que tenga que hacer el boca a boca y tenga gingivitis).

Por último, vuelve a recordar la Audiencia Nacional a raíz de un informe de la Secretaría del Plan Nacional del SIDA del Ministerio de Sanidad y Consumo, informaciones relativas del VIH que hay que tener en consideración en casos que traten sobre personas con VIH, como la enumeración de los mecanismos de su transmisión; que hay que hacer una valoración individualizada de cómo el VIH influye en cada paciente, o los posibles efectos secundarios que pueden derivarse del uso de los tratamientos antirretrovirales.

Como puede ver hay fundamentos bastantes para construir sus argumentos en el caso de que decida seguir y hacer las oposiciones al CNP. Dichos argumentos, a modo de resumen son:

- Discriminación por razón del VIH y ausencia del principio de igualdad ya que el VIH sobrevenido no tiene las mismas consecuencias que si se conoce desde un principio.
- Falta de motivación por parte de la Administración a la hora de su exclusión y falta de una individualización de su caso.
- Derivado de lo anterior, falta de justificación sobre cómo el VIH puede afectar al puesto de trabajo.
- Y recordarle que acredite documentación necesaria para probar que su carga serológica es prácticamente indetectable.

➤ **3/ CASO DE LAS OPOSICIONES A CABILDO EN GRAN CANARIA**

3.1/ Resumen de los hechos

En este caso nos consultan en nombre de una chica que quiere hacer oposiciones a cabildo en Gran Canaria y quieren saber si con VIH puede encontrarse algún problema a la hora de acceder al puesto, ya que la joven a pesar de tener VIH se encuentra en perfectas condiciones.

3.2/ Instrumentos invocados

La normativa analizada para resolver esta consulta es la Constitución Española, las bases generales de las Oposiciones a Cabildo Insular de Gran Canaria y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

3.3/ Artículos invocados

Los artículos utilizados en este caso son el Art. 14 CE de igualdad y no discriminación, el Art. 2.4 de la resolución que establece las condiciones que deben tener los aspirantes a la oposición y el Art. 7.c) Ley 51/2003 que establece el concepto de Ajuste razonable.

3.4/ Respuesta

Después de ver toda la información relativa al caso la respuesta dada fue la siguiente:

En base a su consulta, y habiendo comprobado las bases generales de la resolución por la que se convocan las plazas, en concreto el art. 2.4 (Condiciones de los aspirantes), esa chica tiene derecho a presentarse al proceso selectivo ya que según dicho precepto no se excluye de manera específica a las personas con VIH.

Como según nos cuenta, ella se encuentra en perfectas condiciones, por lo que dicha enfermedad no tiene por qué afectar las labores que dicho puesto de trabajo (puesto de administrativo) tiene asignadas. Aunque no por ello, sería recomendable que aportara un certificado médico en el que demuestra dicho estado.

Si aprueba las oposiciones, y a la hora de tomar cargo de su puesto éste se le deniega por tener el VIH nos encontraríamos ante un caso de discriminación por razón de una condición personal (art. 14 Constitución). Al ser un derecho fundamental, hay una inversión de la carga de la prueba. Es decir, sería la propia administración quien debería justificar que no ha actuado discriminatoriamente porque esa enfermedad es incompatible para el desempeño de ese puesto de trabajo.

Esta posible discriminación se derivaría porque el art. 2.4 de la resolución es una norma neutra que origina una discriminación indirecta. Una norma neutra es toda aquella que aunque en principio no es discriminatoria sí lo es a la hora de ser aplicada, como en este caso concreto. No se limita el acceso al puesto laboral a las personas con VIH, pero a la hora de la verdad sí que se les discrimina y se les excluye si terminan aprobado el proceso selectivo.

En definitiva, si se cumple esto último, que apruebe la oposición pero se le impide tomar su puesto por tener VIH, lo que tendría que hacer es impugnar ese acto administrativo, y no las bases de la convocatoria, en concreto el art. 2.4. Para ello, tendrá que remitirse al punto undécimo de la resolución, relativa al tema de recursos y reclamaciones derivados de dicha convocatoria.

Por último, es bueno que tanto él, como usted (por si tiene futuros casos similares) sepa que el VIH es una enfermedad discapacitante; aquellas que en un futuro podrían empeorar el estado de salud del paciente. Por ello, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad establece en su art. 7.c lo que se denomina “ajustes razonables”: *“medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”*. El objetivo principal de la adaptación es que a ninguna persona se le pueda negar oportunidades de empleo por razones no relacionadas con su capacidad para realizar las funciones esenciales del trabajo. Por lo tanto, tenga en cuenta esto por si es necesario que la empresa, en este supuesto la Administración, tenga que poner en cualquier momento los medios necesarios para un normal desarrollo de las funciones del puesto o la modificación de dichas funciones, e incluso el horario de trabajo (por si tiene que tomar medicación alguna que tenga efectos secundarios).

➤ **4/ CASO DE LAS OPOSICIONES PARA PEDAGOGO**

4.1/ Resumen de los hechos

Nos consultan si una persona con VIH está excluido a presentarse a cualquier oposición del Estado (no relativa a las fuerzas de seguridad – prisiones), en concreto para una plaza de pedagogo, ya que en las bases se especifica "no padecer enfermedad que limite las funciones del puesto" y quiere saber a qué tipo de enfermedades se refiere.

4.2/ Instrumentos invocados

La normativa consultada para la respuesta a esta consulta fue la Constitución Española, las bases de las Oposiciones y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de

Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

4.3/ Artículos invocados

En concreto los artículos utilizados son el Art. 14 CE de igualdad y no discriminación y el Art. 7.c) Ley 51/2003 que establece el concepto de Ajuste razonable.

4.4/ Respuesta

Una vez analizada toda la documentación necesaria para el caso la respuesta dada fue la siguiente:

Contestado a su pregunta, en principio una persona con VIH no está excluida a presentarse a cualquier oposición, ya que esto sería contrario al art. 14 de la Constitución (Principio de Igualdad y no Discriminación), puesto que sería un trato discriminatorio no justificado. Por ley se exige que todo trato desigual ha de estar debidamente motivado para evitar que las personas que en un principio no han sido discriminadas sí lo sean, a favor de las segundas.

Lo que se especifica en las bases es que no han de padecer una enfermedad que limite las funciones del puesto, ya que en toda oposición lo que prima es el mérito y la capacidad de la persona que accede a dicho puesto de trabajo. El mérito, a través de superar los distintos exámenes; la capacidad, el poder desempeñar plenamente las funciones asignadas a ese puesto. Para esto último, el requisito de la capacidad, habría que ver por tanto qué puesto y cuáles son las enfermedades que pueden limitarlo. Por tanto una persona con VIH que se encuentra en buenas condiciones perfectamente podría presentarse a puestos en los que no hay ningún riesgo de transmisión de su enfermedad.

Si usted realiza las pruebas de las oposiciones y aprueba, y después en el examen médico se le rechaza, entonces usted podría impugnar ese acto y la Administración debería justificar por qué el VIH impide desempeñar ese trabajo.

Por último, es bueno que tanto él, como usted (por si tiene futuros casos similares), sepa que el VIH es una enfermedad discapacitante; aquellas que en un futuro podrían empeorar el estado de salud del paciente. Por ello, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad establece en su art. 7.c lo que se denomina “ajustes razonables”: *“medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.”* El objetivo principal de la adaptación es que a ninguna persona se le pueda negar oportunidades de empleo por razones no relacionadas con su capacidad para realizar las funciones esenciales del trabajo. Por lo tanto, tenga en cuenta esto por si es necesario que la empresa, en este supuesto la Administración, tenga que poner en cualquier momento los medios necesarios para un normal desarrollo de las funciones del puesto o la modificación de dichas funciones, e incluso el horario de trabajo (por si tiene que tomar medicación alguna que tenga efectos secundarios).