



Universidad
de Alcalá

DISCRIMINACIÓN Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN PERSONAS CON VIH

DISCRIMINATION AND RIGHT TO DATA PROTECTION
OF PERSONS WITH HIV

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autora: D^a ELSA CALVO REBOLLO

Tutor: D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 12 de febrero de 2018

ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT.....	4 - 5
PALABRAS CLAVES / KEY WORDS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6 - 7
EXPOSICIÓN DE CASOS.....	8 - 46
• Caso 1:.....	7 - 37
• Caso 2:.....	38 - 47
CONCLUSIONES.....	48 - 49
BIBLIOGRAFÍA	50 - 53

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad explicar la función de las Clínicas Jurídicas, en este caso, de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, así como su funcionamiento.

Para ello, en la introducción se aclararán las tareas que los estudiantes venimos realizando en nuestra actividad en la Clínica Legal y de qué forma hacemos un aporte a la sociedad.

A continuación, se expondrán dos de los casos realizados en el marco de la Clínica Legal que afectan a diferentes derechos de los usuarios y de las usuarias que tienen VIH en sus relaciones con el ámbito sanitario, concretamente al derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la protección de datos: el primero de los casos se centrará en la discriminación a la que se ven sometidas las personas con VIH a la hora de acceder a los servicios médicos, y el manejo y tratamiento de datos relativos a la salud por el personal hospitalario. El segundo y último caso, tratará la revelación de dichos datos, en concreto el estado serológico de la persona, por parte de personal hospitalario a la familia del usuario.

Por último, finalizaremos con las principales conclusiones y valoraciones acerca del trabajo realizado en la Clínica Legal.

ABSTRACT

The present project explains how Legal Clinics work focusing my attention in the Legal Clinic of the Law Faculty at University of Alcalá.

The introduction contains the roles played in the Legal Clinic by the students and how we contribute to society.

The main part exposes two of the cases carried out in the Legal Clinic. Both cases affect rights of persons with HIV in their relations with the health sector, specifically the right to equality and non-discrimination and the fundamental right to data protection: the first case is focused on the discrimination suffered when persons with HIV access to medical services. The second case deals with the disclosure of health-related data, specifically the serological status of the person, by hospital staff to the user's family.

To sum up, we expose the main conclusions and ratings about this project done in the Legal Clinic.

PALABRAS CLAVE

VIH – Medidas de prevención - Enfermedad – Discriminación – Igualdad – Salud –
Protección de Datos – Derecho Fundamental

KEY WORDS

HIV - Prevention measures - Disease - Discrimination - Equality - Health - Data
Protection – Fundamental Right

INTRODUCCIÓN

La Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá nos permite a los estudiantes aplicar los conocimientos adquiridos a través de la resolución de casos prácticos reales. Son personas reales, que no tienen otros recursos, o asociaciones, las que plantean su situación, sus dudas, ante la Clínica y somos los alumnos y las alumnas quienes debemos dar la respuesta más completa posible a estos usuarios y usuarias.

Unas veces lo que el usuario o la usuaria busca es la resolución de una duda concreta, otras veces, información general sobre una situación que se le plantea. Los temas más trabajados durante este curso en la Clínica Legal estaban relacionados con personas que ya tenían o que preguntaban si podría reconocérseles, una discapacidad, en muchos de los casos porque tenían una enfermedad crónica. Las consultas versaban sobre esa discapacidad y/o enfermedad en relación con los derechos que podían tener o no en diferentes ámbitos: acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones, adecuación de su puesto de trabajo teniendo en cuenta la discapacidad y/o la enfermedad que tenían, defenderse de la discriminación basada en estas, informarse sobre beneficios fiscales y/o administrativos, acceso a medicamentos y cambios de los mismos, etc. Gran parte de los casos eran de personas que tenían VIH.

Si bien, aunque los anteriores han sido los temas más frecuentes tratados, la variedad de dudas y situaciones de los usuarios y las usuarias es amplia. Lo que debemos tener en cuenta a la hora de elaborar nuestras respuestas tiene que seguir un claro objetivo: se trata de empoderar a las personas que están solicitando nuestra ayuda; hacerles saber que son titulares, o no, de ciertos derechos, no siendo solo esto suficiente, sino que además debemos explicarles cómo pueden ejercer los mismos, aportando en muchos casos la argumentación legal necesaria para que después puedan hacer valer sus pretensiones apoyándose en dicha argumentación y siguiendo los pasos que nosotros les indicamos. Siempre debemos informarles de todas las posibles opciones que tengan, para que estas personas dispongan de la información más completa que podamos ofrecerles y, con base en nuestra respuesta, puedan decidir hacer lo que mejor les convenga para su situación.

De lo expuesto, observamos que la Clínica Legal no solo cumple la función de aplicación del conocimiento adquirido en el Grado en Derecho y en el Máster de Acceso a la Profesión de Abogado, sino que, cumple otra función: la social. El trabajo realizado en la Clínica, el ofrecer asistencia legal de forma desinteresada a quienes lo necesitan, implica un gran compromiso social; la justicia social se ve incrementada con servicios como los que se prestan en la Clínica por los alumnos y las alumnas, supervisados siempre por docentes.

En cuanto a esta función social de la abogacía, debemos tener en cuenta que la principal misión del abogado o de la abogada es defender los derechos de la sociedad y de los particulares, adaptando su papel como profesional a dicha sociedad, garantizando el acceso a la justicia.

Existe una responsabilidad hacia la sociedad, máxime aún si atendemos a la relación existente entre la profesión y el valor constitucional de la justicia. La idea de la función social de la abogacía radica en su objetivo de responder al imperativo de devolver a la sociedad parte de lo que los profesionales reciben de ella. El modo de hacerlo es actuar en bien de la sociedad sin dejar de lado lo propio de la profesionalidad. Además del trabajo que se realiza en la Clínica Legal, existen otras líneas de actuación o servicios que se cumplen con esa función social como, por ejemplo, pueden ser el trabajo pro bono, la acción social, la orientación jurídica, la formación, la promoción de la diversidad, la conciliación, la lucha contra la discriminación o las iniciativas solidarias, entre otras.

EXPOSICIÓN DE LOS CASOS

A continuación, se expondrán tres de las fichas realizadas para los casos de usuarios y usuarias de la Clínica Legal:

Caso 1:

CESIDA-2016-13

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Varón que tiene VIH indetectable, solicita cita para una colonoscopia en una Clínica Médica y con base en su enfermedad le relegan a la última cita del día justificándolo como medida de prevención.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)¹

- Constitución Española:

- Artículo 9.2, referido a la promoción de libertad e igualdad por parte de los poderes públicos.

¹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

- Artículo 10, referido al derecho a la dignidad.
 - Artículo 14, referido al derecho a la igualdad.
 - Artículo 18, referido al derecho a la intimidad y a la privacidad, que da lugar al desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos.
 - Artículo 162.1.b), referido a la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recurso de amparo.
- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal.
- Artículos 7 y 8, referidos a los datos relativos a la salud y a su especial protección.
 - Artículo 11, referido a la cesión de datos a terceros y la necesidad del consentimiento previo.
 - Artículo 19, referido al derecho a una indemnización en caso de incumplimiento.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Artículo 15, referido a los principios de la acción preventiva.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:
- Artículo 45, referido a la competencia del Juzgado de Primera Instancia.
 - Artículo 52.1.6, referido a la competencia territorial en el domicilio del demandante, al tratarse de un derecho fundamental.
 - Artículo 249.1. 2º, referido al proceso de amparo judicial ordinario que recoge el artículo 53.2 CE.
- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

- Artículo 2.2, referido a la protección por parte de las Administraciones públicas cuando e perturba gravemente la prestación de un servicio esencial.
- Artículo 4.7, referido a la especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente los consumidores.
- Artículo 8, referido a la especial protección de la salud en relación con los servicios esenciales.
- Artículos 13 y 14, referidos al derecho a la reparación del daño mediante indemnización.
- Artículo 15, referido al arbitraje como método de resolución.
- Artículo 18, referido al centro de quejas.
- Artículos 20 y 38, referidos a la mediación.
- Artículo 36, referido a la actuación frente a situaciones de inferioridad y a las medidas remediar las situaciones de desventaja de los consumidores por determinadas razones.

- Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

- Artículo 3, referido a fines y funciones.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

- Artículos 1902 y 1903 sobre la responsabilidad civil.

- Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/2008, de 26 de mayo, FFJJ 5º y 6º.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/1991, de 1 de julio, FJ 2º.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015, rec. 956/2014, FJ 3º.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 226/2012, de 9 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 248/2011, de 4 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1089/1998, de 29 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1064/2005, de 21 de diciembre de 2005, FJ 3º.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 153/2003, de 3 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 613/2002, de 4 de septiembre.
- SAP Madrid 293/2007, de 13 de junio
- SAP Alicante 440/1999, de 11 de junio
- SAP Murcia, de 4 de julio de 1997
- SJS de Castellón de la Plana 269/2005, de 7 de junio

² Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³

- ONUSIDA. *Protocolo para la identificación de la discriminación contra las personas que viven con el VIH.* Ginebra, Suiza, 2011.

- Circular 1/2016, de la Fiscalía General, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- *Estudio Fipse sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA.* Estudio realizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid con la colaboración de Cruz Roja Española.

- *Informe sobre discriminación en aplicación de protocolos hospitalarios internos por razón de VIH.* CESIDA y Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

- MONSERRAT QUINTANA, A., *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2010).

- ORTEGA GONZÁLEZ MOHÍNO, J., *La problemática de la cuantificación del daño moral*, noviembre de 2014, www.legaltoday.com [en línea].

- *VIH, dicriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH.* CESIDA y GTT-VIH.

Respuesta fundamentada⁴

³ Se explicará su utilidad para la respuesta.

⁴ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

Estimado usuario,

Antes de nada, queremos agradecerle que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas. Trataremos de asesorarle lo mejor posible para que usted pueda decidir y hacer valer sus pretensiones.

En la primera parte de esta ficha expondremos los argumentos, legislación y jurisprudencia, que apoyarán sus pretensiones, centrándonos en demostrar que la medida que se le ha aplicado supone una discriminación basada en su enfermedad. En la segunda parte, procederemos a explicarle cómo, utilizando la anterior argumentación, puede hacer valer su derecho a la igualdad y no discriminación y verlo, en su caso, restituido; para ello tendrá la opción de la vía extrajudicial o la de la vía judicial.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SU ENFERMEDAD

- **Derecho a la igualdad y a la no discriminación**

Se establece en el artículo 14 de la Constitución Española 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”*. Las restricciones que son contrarias a esto suelen venir justificadas en la necesidad de proteger la salud pública, frente a la que se considera que en estas situaciones deben ceder los derechos de la persona que vive con la infección. En el Derecho español son discriminatorias las cláusulas cuyo efecto es que las personas afectadas por enfermedades infecciosas reciban un tratamiento diferenciado y más desfavorable, sin que se cumpla con los requisitos de finalidad, adecuación y proporcionalidad que la jurisprudencia establece para considerar que no se vulnera el principio de igualdad.

La igualdad que predica la Constitución española es, por un lado, un concepto formal o de igualdad ante la ley. Esto significa que el trato jurídico que se les da a los ciudadanos no debe ser el mismo, sino que debe adaptarse a sus circunstancias para

constituir verdadera igualdad. Del mismo modo, no debe darse un trato distinto a situaciones sustancialmente idénticas, pues constituiría una discriminación.

Pero la Constitución española también contempla una igualdad material en su artículo 9. Es decir, busca equilibrar las diferentes situaciones de los ciudadanos, las equipara de forma real y efectiva a través de derechos especiales o prestaciones en incluso discriminaciones positivas en favor de algunos grupos.

Por tanto, los ciudadanos podemos recibir un trato diferenciado si ello no constituye una de las discriminaciones (con efectos negativos para la sociedad) contempladas en el artículo 14 de la Constitución. Esto se explica cuando con ello se busque la equiparación a la que nos referíamos en el párrafo anterior.

De acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución Española, *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Debemos distinguir cuándo nos encontramos ante un trato diferenciado de cuándo nos encontramos ante una discriminación: una situación que es provocada por una medida sin justificación o necesidad ni proporcionalidad (arbitraria) que provoca una desigualdad manifiesta y que tiene su origen en una circunstancia personal, o al menos, que rodea a una persona.

Hay que tener en cuenta, como contemplaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, que existen circunstancias personales que históricamente han dado lugar a situaciones o relaciones desventajosas con el resto de la sociedad (especialmente por razón de sexo, pero también a causa de una enfermedad).

Para ello, tal y como se deriva de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, el criterio de distinción utilizado por el Tribunal Constitucional se basa en dos herramientas esenciales: el juicio de necesidad y el estudio de la proporcionalidad de la medida empleada. A estos efectos es también de gran relevancia el informe de ONUSIDA, *Protocolo para la identificación de la discriminación contra las personas que viven con el VIH*. El mismo protocolo entiende por discriminación *“cualquier medida que acarree una distinción arbitraria por razón de su estado de salud o su estado serológico respecto al VIH, confirmado o sospechado”*. De este

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

- **Legalidad y justificación de la medida discriminatoria**

Para la elaboración de esta ficha, una parte de la información está respaldada en el *Informe sobre discriminación en aplicación de protocolos hospitalarios internos por razón de VIH*, por CESIDA y Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el que de manera muy clara se expone una problemática muy similar a la que usted nos plantea.

Son frecuentes los casos en los que, en el ámbito sanitario, los pacientes son relegados al último turno para sus intervenciones. La justificación suele estar basada en la prevención y disminución de riesgos de transmisión de la enfermedad; en su caso, y según las parcas explicaciones de la persona que le atiende al teléfono, parece ser ese mismo motivo el que fundamenta que su cita tenga que ser la última.

Existe en este caso, con base en el hecho de que usted tiene VIH, un tratamiento diferenciado con el resto de pacientes. Corresponde, por tanto, valorar si dicho tratamiento diferenciado está justificado en cuanto a su propósito, finalidad y efectos, para determinar si se trata de una discriminación directa, prohibida por el Derecho español y contraria al principio de justicia que debe estar presente en las relaciones sanitarias.

Nos encontramos, además, ante una medida contraria a los Derechos y Obligaciones del Paciente, que la propia Clínica Privada establece en su página web. El primero de estos derechos de los usuarios de la Clínica es: *Recibir atención sanitaria en condiciones de igualdad, sin que pueda ser objeto de discriminación por razón alguna, respetando su personalidad, dignidad humana e intimidad*. La medida que a usted se le aplica resulta contraria a los derechos del paciente que la Clínica propugna y que, por lo tanto, deberían respetarse al ser vinculantes para la misma. Es la propia entidad médica la que establece en el ámbito de sus actuaciones el derecho de los pacientes a la igualdad y la no discriminación por lo que la actuación que llevan a cabo con usted ya no solo se puede argumentar contraria a un derecho fundamental, establecido en la Constitución Española, sino que es que ellos mismos se reafirman de esta forma en su

responsabilidad de velar por el cumplimiento de este derecho y en la importancia del mismo en las actividades que realizan.

La medida que utiliza su Clínica Médica de relegar su cita para la colonoscopia al último turno es inadecuada en cuanto a su propósito y finalidad, dado que para disminuir los riesgos de posible transmisión de cualquier enfermedad, en este caso del VIH, resulta preceptivo realizar la adecuada utilización del material, así como utilizar unas medidas globales de prevención, aplicables a toda persona, a las que después nos referiremos, no requiriéndose y siendo además discriminatorio, el hecho de aplicarle a usted unas medidas específicas en detrimento de las anteriores.

Nos encontraríamos ante una discriminación injustificada que por razón de su enfermedad le hace que le practiquen la prueba en la última franja horaria disponible para ello y, además, esto hace que esas medidas generales, de protección universal, sean descuidadas, centrándose en otras distintas para un caso concreto.

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

Otro punto a considerar es el hecho de que la persona que le atiende por teléfono se justifica también en la existencia de un “protocolo” de actuación que es el que establecería la medida que a usted se le aplica. Habría que ver si realmente la Clínica

tiene establecidos protocolos de actuación, ver qué se dice en ellos y de qué forma, ver si son accesibles a los pacientes o al público en general, o si no vienen escritos y están consolidados por la práctica profesional habitual. En cualquiera de los casos, ante las posibles vías de recurso que después explicaremos, si la Clínica justifica su medida con base en la actuación acorde a dicho protocolo, tendrá que probar la existencia del mismo en su ámbito.

- **Medidas universales de prevención de la transmisión**

Estas medidas globales, a las que estamos haciendo referencia, serían las medidas universales de prevención de la transmisión (en adelante, MUPT). En la actualidad, las vías de transmisión de la enfermedad están plenamente identificadas y en atención a las mismas se han establecido estas medidas generales.

Las MUPT constituyen un conjunto de normas dirigidas especialmente a la higiene personal y la higiene y cuidado en la manipulación de utensilios, en este caso en el ámbito médico sanitario; son medidas que se toman de forma general para evitar infecciones de provenientes de fluidos, son unas estrategias de precaución que se utilizan de forma global con lo que se consigue no estigmatizar a la persona que tiene VIH.

Son frecuentes las modulaciones en las intervenciones o pruebas de cualquier tipo que se realizan en el ámbito sanitario, que puedan darse en su uso (como, en este caso, relegar a la persona al último turno) en dos supuestos: por la presencia de infecciones bacterianas o víricas contagiosas, o por la posibilidad de sangrado. Sin embargo, ni una ni otra parecen estar para nada presentes en relación con una colonoscopia a las personas que viven con VIH, por lo que tampoco desde este punto de vista estaría justificado que los protocolos internos de la Clínica establezcan que una persona que vive con VIH sea relegada al último lugar para este tipo de prueba, ni siquiera para otras intervenciones que presentan mayores complicaciones, como podría ser una operación quirúrgica.

Ante una posible argumentación de la Clínica Médica acerca del riesgo de contagio, es importante tener claro que, si bien tradicionalmente se ha venido clasificando al VIH como una enfermedad infecto-contagiosa, el VIH no responde a esa clasificación, sino que sería una enfermedad infecto-transmisible. Hay que tener en cuenta que el problema no es tanto el nombre, el calificativo que se le otorga, como las consecuencias que ello genera, entre ellas la discriminación que puede haber surgido si la Clínica

fundamentara su negativa a realizarle la colonoscopia en cualquier horario de la franja para ello disponible, arguyendo que su enfermedad entraña un riesgo de contagio, pues como acabamos de decir, no estamos ante una enfermedad contagiosa.

En este caso, la fuente normativa de la que proviene la discriminación, según se deduce de la conversación telefónica, es un Protocolo de la Clínica Médica, es decir, un Reglamento o Procedimiento interno, un texto escrito o una práctica no escrita que tienen fuerza normativa, pero que no están recogidos en una publicación oficial.

A través de esos reglamentos o procedimientos internos deben dar una respuesta que reconozca y respete los derechos de las personas que viven o que se sospecha que viven con VIH. Por otro lado, se comprende que de existir un protocolo interno debería establecerse una clara diferenciación entre la persona que vive con VIH o la persona que se encuentra en fase sida, en cuyo caso sería la eventual presencia de patologías asociadas de carácter infeccioso, como la Hepatitis B o la Hepatitis C, la que sí que podría motivar un tratamiento diferenciado, lo que no es el caso.

De acuerdo con la publicación de CESIDA, *VIH, discriminación y derechos / Guía para personas que viven con el VIH*, “*algunos procedimientos sanitarios implican el contacto con sangre u otros fluidos corporales. Para evitar la infección o la transmisión de enfermedades, los/las profesionales sanitarios deben seguir las medidas universales de prevención, que son las mismas independientemente de la infección o enfermedad que tenga el/la paciente. Por lo tanto, cuando un/a profesional del ámbito sanitario sabe que un/a paciente tiene el VIH, no es preciso que adopte medidas extraordinarias: las medidas universales son suficientes para garantizar su protección*”.

Por tanto, ni con los argumentos que son los más probables que pueda dar la Clínica Médica para mantener la legalidad de su postura, se estaría justificando la imposición de medidas específicas a una persona por tener VIH. Debería ser suficiente con aplicar las MUPT de forma correcta, las cuales no estarían causando una discriminación a una persona o grupo concreto, ya que son medidas generalizadas. Máxime aun, cuando los avances en el tratamiento de la infección han dado lugar a una evidencia científica sobre los riesgos de la exposición al virus bajo diferentes circunstancias, llegándose a determinar que por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática (por debajo de 1500 copias/MI), la transmisión no llega a producirse nunca; y con más razón, en su caso, al tener el VIH indetectable y teniendo en cuenta la terapia antirretroviral de alta

eficacia, es claro que no existe motivo alguno para darle un tratamiento diferenciado al procedimiento para hacerle una colonoscopia.

Tal y como se decía en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21 de diciembre de 2005, en la que en un centro sanitario se establecía una medida específica para las personas con VIH, *“la decisión de los gestores sanitarios plantea problemas de gravedad a la recurrente y al colectivo de enfermos diagnosticados por infección VIH, al incrementar las posibilidades de identificación y estigmatización del paciente en el propio núcleo vecinal, social e incluso laboral en el que habitualmente se desenvuelve, máxime cuando ha sido una medida unilateral en cuya adopción no se ha dado audiencia a los interesados”*. En nuestro caso, se plantea el mismo problema: se cae por parte de quienes toman esta decisión o establecen esta medida, en la identificación y estigmatización del paciente con VIH, siendo también una medida unilateral en el que no se le consulta a usted y ni siquiera se le informó con anterioridad a que usted pidiese su cita.

A la aplicación de las MUPT de forma correcta e igualitaria en el ámbito sanitario, se añaden las medidas establecidas en la legislación de Prevención de Riesgos Laborales. La normativa a la que nos referimos es la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales que se adecúa y fomenta el cumplimiento de la legislación estatal: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Esta normativa habla de la evaluación de riesgos teniendo en cuenta las condiciones del puesto de trabajo de cada ámbito, en este caso referidas a los profesionales sanitarios teniendo también en cuenta a los pacientes; y se estudia también las medidas para eliminar o reducir esos peligros y riesgos. Por tanto, si además de las MUPT, se toman en cuenta las medidas destinadas a la prevención de riesgos laborales, se reduce de forma general cualquier riesgo, no siendo necesario aplicarle a usted por el mero hecho de tener el VIH una medida específica.

LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La protección de datos es un derecho fundamental que se desarrolla a partir del artículo 18.4 de la Constitución Española. Este derecho hace referencia al poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a las personas físicas para consentir el conocimiento y tratamiento de sus datos por terceros.

De esta manera, es la persona física la única facultada para decidir lo que se puede hacer con sus datos de carácter personal, es decir, es usted como paciente quien decide qué es lo que el titular de la clínica privada puede hacer con los datos que usted mismo facilitó para acudir a la consulta. Y usted no consintió que la interlocutora supiera que tenía VIH, sino que en un acto de responsabilidad ofreció esa información al personal sanitario que debía atenderle, a su médico, pero el personal administrativo no debería tener acceso a esa información, sino hacer meramente la labor de transmisor o gestor a ciegas de la información. Por tanto, que el médico pusiera en conocimiento de la persona que le llama por teléfono, un dato especialmente protegido, tal y como son los datos referidos a la salud de una persona, vulnera otro de sus derechos fundamentales.

Este derecho fundamental está regulado en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal. Concretamente debemos acudir a los artículos 7 y 8 donde se reconocen los datos relativos a la salud en un régimen de especial protección.

El artículo 11 de la misma ley establece que es necesario el consentimiento previo y expreso del interesado (es decir, el de usted) a la hora de ceder esos datos a un tercero, salvo como se dice en la letra f) *“cuando la gestión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesario para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”*. Sin embargo, este no es nuestro caso.

El cambio de cita no era necesario ni urgente pues, como venimos defendiendo, se trató de una discriminación (la cual nunca es necesaria). Y, en segundo lugar, la locutora no se identificó como personal sanitario (entendido este como médicos, enfermeras, auxiliares, etc.), sino como una “mandada”.

Por tanto, la comunicación del médico a la interlocutora no corresponde a uno de los tres principios esenciales que informan esta ley, el principio de pertinencia. Para lograr el cambio de cita no era necesario ni pertinente comunicar a la interlocutora las razones del porqué de ese cambio.

La consecuencia jurídica que se desprende de estos actos es la establecida en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos que establece que como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley en este caso por la

Clínica Médica el interesado tendrá derecho a una indemnización por razón del daño o lesión de sus derechos.

En consonancia con lo anterior, el Código Penal tipifica en su artículo 197 el delito de descubrimiento y revelación de secretos. Concretamente, el apartado segundo castiga la conducta delictiva de utilizar en perjuicio de tercero datos reservados de carácter personal que sean registrados en ficheros o en cualquier otro tipo de archivo o registro. La acción penal que cabe para perseguir este delito será explicada más adelante en el presente informe.

VÍAS DE IMPUGNACIÓN

- **Vía extrajudicial**

Antes de acudir a la jurisdicción ordinaria debe contemplar la posibilidad de la vía extrajudicial, cuyo coste es menor y, en caso de no obtener un resultado satisfactorio, no excluye la vía judicial.

1. Reclamación al servicio de Atención al Cliente de la Aseguradora

En su caso, puede hacer una reclamación siguiendo los trámites que establece la Aseguradora en su página web.

2. La reclamación ante la Oficina de Consumo de la Junta de Andalucía

Puede acudir a su Centro Médico Privado, la Clínica Privada, y solicitar una hoja de reclamaciones. Deberán ofrecerle tres ejemplares, uno para usted, otro para el Centro Médico y otro para la Administración (normalmente uno blanco con dos papeles de copia o “autocopiativos” en rosa y amarillo). También puede descargar y rellenar tres ejemplares del modelo de hoja de reclamación en la página web la Junta de Andalucía.

En la reclamación debe constar lo siguiente:

- Nombre, dirección, DNI y teléfono del reclamante.

- Nombre comercial, denominación social, domicilio, NIF y teléfono de la empresa contra la que se reclama., en este caso el Centro Médico.
- Descripción breve y clara de los hechos objeto de reclamación.
- La petición de la reclamación.
- Si solicita mediación o arbitraje (teniendo en cuenta que si no recibe contestación en diez días y decide acudir directamente a la vía judicial podrá renunciar al arbitraje).

La hoja deberá ser rellenada, o al menos firmada, en el Centro Médico. Puede ocurrir que no quieran ofrecerle o admitirle la hoja. En ese caso, usted podrá llamar a la Policía Local (porque se encuentra entre sus funciones) a fin de que hagan constar la negativa del Centro a facilitar o recepcionar las hojas de quejas y reclamaciones o la inexistencia de ellas.

Una vez presentada la reclamación, el Centro Médico dispone de un plazo de diez días para darle una contestación, constituyendo el incumplimiento de la citada obligación infracción administrativa en materia de consumo.

Transcurrido el plazo de 10 días hábiles sin recibir contestación o no estando de acuerdo con la misma, se podrá remitir el ejemplar para la Administración de la hoja de quejas y reclamaciones y, en su caso, el escrito de contestación de la parte reclamada, adjuntando, asimismo, copia simple (conservando los originales) de la factura o justificante de pago, el contrato, los folletos informativos, el documento de garantía y otros, a las Oficinas de Información al Consumidor o a los Servicios de Consumo Provinciales de las Delegaciones del Gobierno para su correspondiente tramitación, o bien a la Dirección General de Consumo.

En el plazo de 10 días hábiles desde la recepción, la autoridad competente en materia de consumo acusará recibo a la parte reclamante.

3. La mediación

Como ya hemos señalado en el punto anterior, la opción de mediación puede ser señalada en la hoja de reclamaciones.

La mediación es un método de gestión y solución de controversias, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo pacífico y satisfactorio con la intervención de un mediador, que es un tercero imparcial.

La principal ventaja sin duda es la libertad que tienen las partes en conflicto para buscar una solución aceptada voluntariamente por ambos. Normalmente se ponen “sobre la mesa” los intereses que defiende cada parte para analizar los comunes, los reconciliables y los irreconciliables. De esta forma nadie tiene que ganar o perder, sino que ambas partes pueden sacar un beneficio del proceso, el resultado más óptimo, personal y menos gravoso para ambas partes. Porque si cree que podría llegar a un mejor resultado optando por la vía judicial, entonces es recomendable no aceptar el acuerdo de mediación y acudir a la vía judicial.

Además, la argumentación goza de mayor libertad, pudiendo aportar todas las ideas y materiales documentales que considere oportunos para acreditar los hechos.

4. El arbitraje

A través del arbitraje es posible resolver conflictos y desacuerdos en materia de consumo entre compradores o usuarios y vendedores o prestadores de servicios. Se trata de una vía extrajudicial que tiene múltiples ventajas. También puede *saltarse* la fase de reclamación y solicitar directamente el arbitraje.

El arbitraje es un procedimiento privado por el cual se somete una controversia a un árbitro o a un Tribunal de varios árbitros que dicta una decisión llamada laudo en un máximo de 6 meses.

En principio, es un método de resolución de conflictos gratuito porque no es necesaria la asistencia de abogado ni procurador, pero en el caso de requerir realizar un peritaje el coste correrá de cuenta del que lo encargó.

El laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes que deciden someterse a arbitraje. Si la Clínica o la Aseguradora no están adheridas a este sistema y tampoco

lo aceptan, la única vía posible será la judicial. Por el contrario, si ya estaban adheridas, no podrán rechazarlo.

Deberá tener en cuenta que es un método alternativo, excluyente y no compatible con la vía judicial, en el que los árbitros no necesariamente entienden de leyes. Esto significa, por un lado, que los árbitros podrían no comprender el alcance de la discriminación que ha tenido lugar. Por otro lado, si decide resolver el conflicto mediante arbitraje, debe cumplir el laudo y entender que ha renunciado a la vía judicial (salvo en los casos en que exista indicio de delito, tema que trataremos más adelante).

Si no hay acuerdo previo al arbitraje, la Junta de su Comunidad Autónoma designa un Colegio Arbitral y se fija la celebración de la audiencia, que puede llevarse a cabo verbalmente o por escrito. El plazo máximo entre la constitución del Colegio y la celebración de la audiencia es de cuatro meses.

- **Vía judicial:**

- 1. El recurso de amparo civil o amparo judicial ordinario**

Para hablar de una solución judicial a su caso, debemos recordar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE) tiene reconocida una protección judicial especial frente a las agresiones de los particulares —en este caso, la Aseguradora es una entidad con personalidad jurídica propia, la consideramos empresa privada o particular— en el artículo 53.2 CE, la Disposición Transitoria 2ª.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) y el artículo 249.1. 2º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

La protección judicial especial de la que hablamos consiste en un proceso ante los órganos jurisdiccionales (juzgados y Tribunales) ordinarios, caracterizado por la preferencia (primacía sobre otros asuntos, con independencia del orden de entrada).

Por tratarse de materia de protección civil de derechos fundamentales, la demanda de amparo civil deberá presentarse ante el Juzgado de Primera Instancia de donde usted tenga establecido su domicilio (artículos 45 y 52.1.6 LEC).

Por la misma razón, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el procedimiento de juicio ordinario que impone la asistencia letrada, es decir, deberá ir acompañado por abogado y procurador. Esta imposición cobra importancia a la hora de determinar las costas, pues si usted gana el proceso los honorarios de su abogado y procurador serán finalmente impuestos a la Aseguradora y al Centro Médico. Por el contrario, si usted pierde, le podrían ser impuestas las costas que conllevarán los honorarios de los abogados de la Aseguradora y el Centro (además de los honorarios del abogado y el procurador que le representen a usted).

Asimismo, encontramos los fundamentos que determinan la responsabilidad civil de la Aseguradora y la Clínica Privada en el Código civil.

El Centro Médico responde por sus propios actos en virtud del artículo 1902 del Código civil, que dice que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Y, la Aseguradora responde por los actos del Centro en virtud del artículo 1903 del mismo código, que dice que *“la obligación que impone el artículo anterior [el artículo 1902] es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... lo son los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones”*. Nos encontramos ante un Centro que pertenece con exclusividad a la Aseguradora y que, aunque mantenga personalidad jurídica propia, se encuentra vinculada por prestar servicios médicos de forma exclusiva en nombre de la Aseguradora .

Es necesario recoger en la demanda los hechos que usted ya ha puesto en nuestro conocimiento, con el mayor detalle que sea posible. Estos hechos deberán ir acompañados de todos los documentos que los acrediten. Concretamente, nos parece interesante poner en relación que en la Clínica Médica le hicieron un análisis de sangre y que con ello pudieron confirmar, como usted mismo nos menciona, que la carga vírica es prácticamente indetectable.

En cuanto a la fundamentación jurídica, nos referiremos a la argumentación basada tanto en la legislación como en la jurisprudencia de los tribunales españoles, que venimos desarrollando en el primer apartado de esta ficha, en la que se expresa que la medida que se le aplica por razón de su enfermedad es discriminatoria. Dicha medida no responde a un juicio de proporcionalidad, pues establece diferencias de trato que

difieren de las que derivan del propio proceso de tratamiento de la prueba médica y de las limitaciones objetivas que se impongan por razones de salud pública; que son, además, unas medidas específicas que estigmatizan y discriminan a las personas con VIH y que no tienen en cuenta que deben aplicarse las medidas preventivas generales para todos los pacientes. Asimismo, deberá fundamentar la violación del segundo derecho fundamental para el que se solicita el amparo, la protección de datos a la que nos hemos referido anteriormente.

Con respecto a las pruebas que debe proponer en la demanda, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 de marzo de 2013, de 19 de abril de 2013 y de 7 de febrero de 2014, entiende que las grabaciones telefónicas son medios legales de la prueba cuando lo registrado fueron manifestaciones prestadas voluntariamente y sin constricción que se incorporan a la causa por uno de los interlocutores que las grabó reservadamente. O, lo que es lo mismo, que la grabación de las conversaciones telefónicas en las que somos parte, aunque no tengamos el consentimiento del otro interlocutor, no atenta contra su derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 18.3 CE. Desde este prisma, sería conveniente transcribir la conversación y remarcar en “negrita” las referencias que se hacen al VIH para poder establecer el nexo de causalidad (que la causa del cambio de hora de la cita no es otra que el hecho de tener usted el VIH).

Sin embargo, desde aquí le recomendamos que haga un esfuerzo por recabar otro tipo de pruebas documentales —como bien trató de hacerlo en la grabación que nos remite—. Estas pruebas consistirán, por ejemplo, en el documento donde se hace constar la primera cita que le dieron y que no pudo llevarse a cabo, el documento que puede usted solicitar donde conste el cambio de fecha y hora y un justificante de haber asistido a su cita médica (si finalmente asistió). Otra sugerencia que podemos hacerle es la de recoger por escrito, tan pronto como sea posible, aquellos hechos novedosos y relevantes que pudieran suceder en posteriores contactos con el Centro Médico, con el fin de no perder detalles. Todo ello refuerza y contrasta los hechos que se relatan en la demanda.

Así pues, será labor de su abogado (y una decisión que le corresponde en exclusiva como profesional y encargado de la dirección técnica) solicitar al juzgado una designación de archivos a la Clínica Médica y a la Aseguradora para que aporten el protocolo a que se refiere la interlocutora. Del mismo modo, y debido a la obligación de decir la verdad, llamar como testigo a la interlocutora (en caso de no tener sus datos se solicitará al juzgado que realice esta búsqueda). Otra posibilidad es la pericial, que consistirá en un reconocimiento médico que corrobore su estado de salud, que explique

cuál es el método de prevención adecuado en un centro hospitalario y la idoneidad o no de la medida cuestionada.

La petición de la demanda de amparo civil se referirá al reconocimiento y restitución de su derecho a la igualdad mediante la nulidad de la eventual cláusula del protocolo de prevención, por la cual sólo se atenderían a personas con VIH a última hora. También, podrá solicitar que, de introducir una nueva cláusula en el supuesto protocolo, esta respete el derecho fundamental a la igualdad para que no se produzcan nuevas discriminaciones.

Asimismo, dentro de las posibles peticiones que puede formular se encuentra la de suspender la eventual cláusula actual del protocolo de actuación hasta que haya una resolución al respecto.

La cuantía de la indemnización pretendida deberá adecuarse específicamente a los diversos daños y perjuicios. Para el caso de los daños morales, que es el nuestro, resulta difícil la estimación detallada de la vulneración del derecho fundamental, por lo que deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada incluyendo la gravedad duración y consecuencias del daño. La cuantificación de los daños morales merece un apartado propio, por lo que será tratado más adelante.

Por tratarse de la protección del derecho a la igualdad, intervendrá el Ministerio Fiscal en calidad del defensor de las normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales. También podrá intervenir el Defensor del Pueblo en virtud del artículo 162.1.b de la Constitución Española, al cual puede presentar su queja a través de la página web del Defensor del pueblo andaluz.

Por otro lado, es cierto que el Ministerio Fiscal no puede iniciar el proceso de oficio o por sí mismo, pero su condición de parte del proceso le coloca en una posición que va mucho más allá de la del mero informante.

A la función tradicional de interesar la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas se añade la de velar especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas. Es decir, en caso de haberse producido un delito sería el propio Ministerio Fiscal quién incoaría el proceso penal.

Si el Juzgado de Primera Instancia no satisficiera sus pretensiones cabrían los recursos ordinarios de la jurisdicción civil, como son, apelación, casación y revisión; y, también, el recurso extraordinario por infracción procesal, en tal supuesto. Agotados estos recursos, según el caso, todavía tendría la posibilidad de presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mejor conocedor del contenido de los derechos fundamentales por ser ésta su especialidad.

2. La vía penal ante una posible comisión delictiva

Otra opción que usted tiene es la de acudir a la vía penal, en la cual podría ejercer la acción penal y civil conjuntamente.

Para recabar la tutela de los tribunales ordinarios en el ámbito penal, podrá interponer una querrela o una denuncia. Estas dos figuras se diferencian principalmente en que, mientras que presentar denuncia supondría poner unos hechos en conocimiento de la autoridad, la querrela implicaría, además, querer ser parte acusadora en el proceso penal.

El derecho a presentar querrela y su forma se regula en los artículos 270 a 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su interposición debe ser por medio de procurador y debe ser suscrita por un abogado; el hecho de elegir la interposición de la querrela frente a la denuncia, como decíamos, le convierte parte en el proceso penal que se va a desarrollar.

Por otro lado, la figura de la denuncia aparece regulada en los artículos 259 a 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si decide interponer una denuncia, debemos tener en cuenta que esta se caracteriza por ser una declaración que efectúa una persona para poner en conocimiento del Juez, Ministerio Fiscal o la policía, unos hechos que se considera que pueden ser constitutivos de un delito. A diferencia de la querrela, el denunciante no interviene personalmente como parte acusadora en el desarrollo del proceso penal y tampoco es necesaria la intervención de abogado o procurador, ni tampoco la prestación de fianza. Sin embargo, aunque no sea parte en el procedimiento, por haber interpuesto una denuncia y no una querrela, en su condición de potencial víctima de un delito tiene, en virtud de los artículos 5, 7 y 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, el derecho a recibir información sobre la causa penal y a que se le notifiquen determinadas actuaciones y resoluciones al domicilio que haya designado.

Una vez aclaradas las diferencias entre la querrela y la demanda, si finalmente se postula por la vía penal, interponiendo cualquiera de las dos figuras, habrá que pasar a examinar el delito que se podría atribuir a la actuación de la Clínica, en el cual deberá motivar la querrela o la denuncia.

De acuerdo con el artículo 512 del Código penal, *“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, **enfermedad** o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”*. Este tipo penal sería aplicable al caso puesto que a usted se le está negando un servicio al que tiene derecho por estar asegurado con la Aseguradora, que es lo que le da derecho a la asistencia médica en la Clínica Privada; además el derecho que tiene usted se constata por parte de la Clínica cuando en ningún momento anterior, conociendo su estado serológico, le habían puesto impedimento o condición alguna, informándole de la medida de relegarle al último turno de citas, por lo que ellos mismos no entendían, a priori, que hubiese algún motivo para tener que tomar tal medida puesto que nada se le informó.

Los Tribunales españoles han sentado jurisprudencia en cuanto a este anterior precepto. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de julio de 1997, el dueño de una empresa de venta de coches, se había negado a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una determinada etnia y se le condenó como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de discriminación, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público. El condenado recurrió y la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre, desestimó el recurso, entendiendo que los artículos 511 y 512 del Código Penal no incorporan “tipos penales de autor”, inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de “ser” racista, machista, homófobo, etc. Estas infracciones consisten en la realización de conductas dolosas de denegación de una prestación a las que otro tiene derecho, por la mera pertenencia de la víctima a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma, es decir, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o

privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

Más jurisprudencia acerca de estos supuestos la encontramos frecuentemente en casos en que se impedía la entrada a un pub o discoteca a una persona por su pertenencia a una etnia o raza determinada; estaríamos, de nuevo, ante supuestos referidos a situaciones donde, en principio, todo el colectivo social puede ser beneficiario de una prestación, pero la denegación provenga de un motivo discriminatorio a los que alude el tipo penal. Lo vemos reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 440/1999, de 11 de junio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 613/2002, de 4 de septiembre, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 153/2003, de 3 de junio; en los tres casos, los sujetos que les denegaron el acceso fueron condenados con la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión durante un año. Del mismo modo que aquí hablamos sobre razas o etnias, como ya hemos visto y de acuerdo con el tenor literal del artículo 512 del Código Penal, la enfermedad sería un motivo análogo al que se le aplicaría el mismo razonamiento.

Este sería el tipo penal en el que su denuncia o su querrela deberían fundamentarse. Asimismo, deberá fundamentar la violación del derecho fundamental a la protección de datos a la que nos hemos referido anteriormente, con la argumentación explicada en dicho apartado.

¿Contra quién debe dirigir la denuncia o querrela? Entendemos que la persona que contacta con usted vía telefónica es una recepcionista de la Clínica Privada. Es ella, la que con la comunicación que le hace usted, “ejecuta” el acto que constituye la infracción; es ella quien le comunica que su cita se cambia al último turno por tener usted el VIH. Así mismo, ella manifiesta que lo comunicado procede de orden de su médico por lo que, aunque la primera no parezca, en principio, ser responsable directa del acto, lo recomendable sería demandar a los dos. Para ello, si no lo sabe ya a ciencia cierta, deberá dirigirse a la Clínica para constatar quién fue la persona que efectuó la llamada telefónica.

Ante la interposición de denuncia o querrela, dependiendo de su elección, podrán ir dirigidas no solo contra la recepcionista y el médico, sino contra la Clínica Privada como persona responsable civil subsidiaria, conforme al art. 31 bis 1 CP en relación a *“los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan*

facultades de organización y control dentro de la misma". En este caso, tanto la que entendemos que es la recepcionista, como el médico, actuaron dentro del ámbito de la Clínica Médica como empresa y en nombre de aquella.

Sin embargo, la responsabilidad de la Clínica será más complicado que le sea imputada, si bien debemos intentarlo, puesto que aunque de acuerdo con la novedosa Sentencia del Tribunal Supremo, 154/2016, de 29 de febrero, se puede atribuir (y se hace por primera vez) responsabilidad penal a una persona jurídica, deben existir determinados requisitos que son los del artículo anteriormente citado. En nuestro caso el requisito que podría ponerse en duda es el del beneficio que obtendría la Clínica con su actuación. El juez debería determinar si se da un beneficio o no y en qué consistiría el mismo. Como se deriva de la Sentencia, ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

De acuerdo con la conclusión tercera de la Circular 1/2016, de la Fiscalía General, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, *'La sustitución de la expresión "en su provecho" por la de "en su beneficio directo o indirecto", conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad'*. Por tanto, la imputación de responsabilidad penal a la Clínica, dependerá del criterio e interpretación del juez, conformes a la legalidad. Si bien, todo beneficio que usted considere que la Clínica hubiese podido obtener con su medida discriminatoria, será conveniente que lo exprese en la denuncia o querrela.

Una vez interpuesta la denuncia o, en su caso, la querrela y que se considere revestida de los hechos suficientes para considerar la existencia de un delito, después de cerrado el período de instrucción, se dictará auto de apertura de juicio oral, que se le notificará a ambas partes. Usted como perjudicado, ahora en calidad de denunciante o querellante, podría llevar un abogado de su elección y debería llevar al juicio todos los medios de prueba que fuera a utilizar para hacer valer su pretensión (la conversación telefónica, los documentos que estén en su poder y/o que pueda obtener que sean relevantes para el caso, testigos, peritos, etc.). Es importante que recuerde que, si como citado, no se

presenta al juicio sin un motivo suficientemente justificado, puede ser sancionado con una multa que va desde los 200€ a los 2.000€.

El juicio es un juicio público y en él se procedería a la lectura de la denuncia, a la práctica de las pruebas y al examen de los testigos. Si la parte acusada no se presentara al juicio, no sería motivo de suspensión y el mismo continuaría sin ella si el juez declarase que no fuese necesaria su presencia. El juez dictaría sentencia al finalizar el juicio o dentro de los tres días posteriores, notificándose la sentencia a las partes, por lo que deberá comunicarse un domicilio al Juzgado a los efectos de que le hagan llegar cualquier notificación. Dicha sentencia se puede apelar por cualquiera de las partes en los cinco días siguientes posteriores a su notificación y contra esta sentencia ya no cabría recurso ordinario alguno.

Como le decíamos en la introducción a la vía penal, en este proceso se resuelve también sobre la responsabilidad civil, si se llega a una sentencia condenatoria, pues se trata de la responsabilidad civil derivada del delito. Ahora bien, usted puede optar por exigir la responsabilidad civil o del orden penal o puede reservarse expresamente la posibilidad de ejercitar la acción por daños en un proceso posterior, ante la jurisdicción civil o, finalmente puede renunciar al ejercicio de la acción civil, aunque haya ejercitado la penal. Si esto no sucede, la sentencia penal se pronunciará acerca de la responsabilidad civil.

Este procedimiento se establece en los artículos 106 a 117 Ley de Enjuiciamiento Criminal que vamos a examinar a continuación. Concretamente, se dice en el artículo 108 que, *“la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”*. El artículo 112 señala que *“Una vez ejercitada la acción penal, se entiende utilizada también la civil, salvo que el perjudicado renuncie o se reserve expresamente la acción civil para ejercitarla en el proceso civil, una vez terminado el procedimiento penal”*.

Debemos tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 114, *“no será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta”*, por lo que usted puede acceder a la vía penal directamente, sin antes haber interpuesto demanda en ningún otro orden jurisdiccional. Además, y en virtud del artículo 116, *“la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”*. Del mismo modo, señala el artículo

117 que “*la extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta y la sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente*”. Pero será necesario expresar este punto en la demanda, es decir, señalar de forma expresa que se reserva las acciones civiles oportunas.

El artículo 110, comprende dentro de esta responsabilidad, la indemnización por perjuicios morales. Si usted lo estima, podrá en ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal al que nos estamos refiriendo, solicitar una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento por los daños morales que la actuación discriminatoria de la Clínica haya podido causarle.

LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Para el caso de los daños morales, que es el nuestro, resulta difícil la estimación detallada de la vulneración de un derecho fundamental y sus repercusiones, por lo que deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada incluyendo la gravedad duración y consecuencias del daño.

Nos encontramos con dos posibilidades. La primera, ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal.

Como ya avanzábamos en la exposición de las vías civil y penal, la determinación y cuantificación del daño moral es una tarea complicada.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como "*el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica... La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico*".

Una vez precisado el concepto de daño moral debe procederse a la valoración del mismo, es decir, determinarse la entidad del daño, así como su contenido intrínseco o composición material, tras lo cual se procederá a determinar el montante a pagar en concepto de indemnización.

En nuestro ordenamiento jurídico, la valoración del daño moral es, con bastante frecuencia, difícil de determinar y de adecuar a los criterios correctos, por lo que existen, hoy en día, grandes carencias. A pesar de la dificultad que pueda presentar la evaluación del daño moral, encontramos una jurisprudencia que establece unos criterios mínimos o básicos de los que podemos partir. Si bien, siempre interviene la discrecionalidad del juez, que tomará la decisión final en base a lo que entienda como un resultado más proporcional y equitativo.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2015 (rec. 956/2014), pone de manifiesto estas dificultades, cuando en su Fundamento Jurídico 3º, señala que el daño moral *“ofrece la complejidad de su afección a la esfera íntima de la persona para la que no existen criterios concretos para su valoración ni para su apreciación por estar basados necesariamente por el grado de subjetivismo en quien lo padece. Se suma a ello que la variedad de supuestos que puede ofrecer este daño moral es variada y compleja, y si bien encuentra su manifestación más directa en los daños físicos ocasionados a las personas y la repercusión personal de los mismos ---"pecunia doloris"---, tiene un ámbito más amplio que comprende todo "acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor... se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”*.

Sin duda la prueba de la existencia del daño moral será mucho más difícil que la del daño material y, si bien resulta difícil dicha prueba, mucho más difícil es la cuantificación de la compensación. Por ello, la doctrina ha planteado la necesidad de establecer pautas objetivas para la cuantificación, como podrían ser:

- La aplicación, por analogía, del baremo para accidentes de circulación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 293/2007, de 13 de junio).
- La segunda opción es vincular el daño moral al daño material, de tal manera que exista entre ellos una relación cuantitativa (sentencia del Tribunal Supremo, 248/2011, de 4 de abril). En este sentido, puede reclamarse en concepto de indemnización por daños morales un porcentaje de la que correspondería por los materiales.

Por ejemplo, si le pusieron en la tesitura de perder días u horas de trabajo, ésta es una cuantificación clara. Pero, además, podrá establecer como

daños morales un porcentaje en base al salario diario como compensación por la discriminación. Ello porque las molestias le impidieron el desarrollo de su vida con normalidad sin una justificación razonable.

- La tercera posibilidad consistiría en establecer cifras discrecionales, justificando por qué la vulneración sistemática de dos derechos fundamentales debe ser valorada en el importe concreto que usted crea que merece. Puede valerse para ello de lo que estime oportuno: situaciones análogas, jurisprudencia existente, valoraciones complementarias, etc. Es evidente que se tratará siempre de una propuesta subjetiva, pero, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2011 *"el daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo"*.

Así, por citar un ejemplo de valoración de daños morales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2012 entiende en un caso de vulneración de derecho al honor y a la intimidad que *"todos estos elementos deben valorarse en orden a la cuantía de la indemnización por los daños morales padecidos y se considera procedente, a tenor de la entidad del daño sufrido en ponderación con las circunstancias citadas, entre ellas, la repercusión, el tiempo de permanencia en el fichero correspondiente y la publicidad por el número de consultas, la concesión de una indemnización de 12 000 € ponderando según la jurisprudencia las circunstancias del caso"*.

- Solicitar que sea el propio juez quien determine la cantidad, partiendo de criterios de equidad. Una amplia jurisprudencia se manifiesta favorable a este método de cálculo de las indemnizaciones y siempre lo podemos establecer de forma subsidiaria a la solicitud de la cuantía inicial (de este modo podemos dar una orientación al juez para cuantificar el daño sufrido). Se trata así de una posibilidad que tiene una vertiente positiva, como es la buena fe que se manifiesta al no solicitar importes arbitrariamente.

- O, establecer una "sanción ejemplar", calculando el monto indemnizatorio por daño moral en función de la culpa o el dolo de la Clínica Médica Privada y de la Aseguradora y de su capacidad económica.

Por tanto, la valoración del daño normalmente, siguiendo la doctrina mayoritaria, se hará acorde al criterio del juez, sin perder de vista que ese criterio debe estar fundado

en otros que sean objetivos, para que no se cause una desigualdad en cuanto a la determinación de la valoración del daño moral.

CONCLUSIONES

Para concluir, haremos un breve resumen de las vías de acción que tiene a su favor.

Antes de acudir a la vía judicial puede hacer uso de la reclamación previa, que siempre es recomendable porque con ella podemos conseguir terminar el asunto de una forma amistosa, aunque es necesario transigir y la compensación sea probablemente moral y no económica.

También puede elegir entre la mediación y el arbitraje. La mediación nos parece la mejor de las dos opciones, porque consiste en una negociación privada que trata de llegar a la solución más beneficiosa para ambas partes y, en caso de no llegar a un acuerdo, no excluye la vía judicial (de hecho, nos sirve para prepararla). En ambos procesos puede llevar tantas pruebas como considere necesario, no necesita abogado y, salvo que se ayude de un perito, son gratuitos.

El arbitraje nos parece menos oportuno por la complejidad y los matices que conlleva la discriminación, que pueden no ser entendidos por un árbitro.

Siempre puede acudir acompañado de abogado, pues a medida que avance y según se torne el proceso que elija, le podrá aconsejar sobre qué pasos dar.

Si da lugar a la vía judicial, podrá disfrutar de las garantías de un proceso especial caracterizado por la preferencia sobre otros asuntos, con independencia del orden de entrada.

Además, podrá acudir a un proceso penal por la posible comisión de un delito. En este punto debemos recomendarle que interponga la acción con posterioridad a la terminación del civil. De otro modo, las leyes procesales establecen que el proceso civil quedaría en suspensión hasta la resolución del penal y no habrían servido de nada la preferencia.

En todo caso, para un tema de tal complejidad es de gran relevancia la experiencia de un abogado, que conoce mejor los *pros* y los *contras* de cada proceso y puede ayudarle a tomar una decisión más ajustada a sus necesidades.

En cuanto a la valoración del daño. Normalmente, siguiendo la doctrina mayoritaria, se hará acorde al criterio del juez, sin perder de vista que ese criterio debe estar fundado en otros que sean objetivos, para que no se cause una desigualdad en cuanto a la determinación de la valoración del daño moral. Para ello, podremos ofrecerle unas cifras orientativas que el juez podrá modular a su criterio.

Esperamos que nuestra aportación le sea satisfactoria y pueda ayudarle en sus futuras pretensiones.

Clínica Legal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá

Caso 2

CESIDA-2017-82

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Persona con VIH a la que llaman del hospital para informarle de un cambio de cita y, al no coger la llamada, acceden a su historial y llaman al número fijo que ahí aparece, resultando ser el de la madre de esta persona (que no sabe nada) y contándole a ella dónde, con quién y cuándo tiene la cita su hijo, además de detallar todas las citas y analíticas que había tenido con anterioridad.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)⁵

- Declaración Universal de Derechos Humanos:

- Artículo 12, referido a las injerencias en la vida privada y su protección.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Artículo 17, referido a las injerencias en la vida privada y su protección.

- Convenio Europeo de Derechos Humanos:

- Artículo 8, referido al respeto a la vida privada.

- Constitución Española:

- Artículo 10, referido al derecho a la dignidad.
- Artículo 18, referido al derecho a la intimidad.

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen:

- Artículo 1, referido al derecho a la intimidad y sus garantías.
- Artículo 7.4, referido a la revelación de datos privados conocidos por razón de actividad profesional.
- Artículo 9, referido a la tutela judicial del derecho a la intimidad.

⁵ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal.

- Artículos 7 y 8, referidos a los datos relativos a la salud y a su especial protección.
- Artículo 11, referido a la cesión de datos a terceros y la necesidad del consentimiento previo.
- Artículo 19, referido al derecho a una indemnización en caso de incumplimiento.

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

- Artículo 7, referido al derecho a la intimidad y el respeto a la confidencialidad de los datos de salud.
- Artículo 16.6, referido al deber de secreto en cuanto al acceso a la historia clínica.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁶

- Sentencia 134/1999 del Tribunal Constitucional, FJ 5

- Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2015 (rec. 956/2014), FJ 3

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de febrero de 2006

⁶ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

Respuesta fundamentada⁷

Estimado usuario,

Antes de nada, queremos agradecerle que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas. Trataremos de asesorarle lo mejor posible para que usted pueda decidir y hacer valer sus pretensiones.

En su caso concreto, podríamos estar ante una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, así como del derecho fundamental a la protección de datos, lo cual iremos analizando a continuación.

El artículo 18.1 de la Constitución Española, recoge que *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Esto aparece respaldado en la Sentencia 134/1999 del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 5, cuando afirma que *“el derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”*.

El derecho a la intimidad, encuentra sus garantías reguladas en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 7.4 considera que es una intromisión ilegítima *“La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”*, que es el supuesto en el que nos encontramos.

⁷ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

Aunque no ha revelado el dato concreto de su estado serológico, sí que ha contado que: tenía una cita en el hospital, que era para la consulta de enfermedades infecciosas, el nombre de su doctor, que ya había acudido más veces, que se había realizado analíticas, y en qué fechas había acudido anteriormente. Por tanto, sigue siendo una injerencia en su vida privada, una vulneración de su derecho a la intimidad, pues esta persona ha revelado datos personales a otra, sin autorización ninguna por su parte, que pueden afectarle en su ámbito personal.

Además, el hecho de que esta persona argumente que “no pasa nada” por ser su madre a quien ha revelado la información, no exime de responsabilidad porque no está justificado legalmente.

¿Qué podemos hacer ante esto? Usted podrá decidir si quiere interponer una queja o reclamación en vía administrativa y/o quiere acudir a los tribunales, demandando al hospital y a la trabajadora en cuestión.

Debe tener presente que, en vía administrativa, podrá actuar sin la necesidad de un abogado y/o procurador, mientras que ambos serán necesarios en la vía judicial.

Vía administrativa:

Desconocemos cuál es el Hospital en el que ha sucedido, pero, sin duda, tendrá un Servicio de Atención al Paciente, ante el cual le recomendamos presentar una reclamación contra la persona de admisión que realizó la llamada a su madre. Si no conoce su identidad, diríjase antes al hospital para que le indiquen quién era la trabajadora responsable el día y a la hora en el que se hizo la llamada. De esta forma, se tendrá constancia de la infracción de la trabajadora, con lo que podrían, si así lo consideran, sancionarla internamente (lo cual dependerá de muchos factores que no están a nuestro alcance).

Si bien es cierto que esta queja, en muchas ocasiones no consigue desprender los efectos que debería, no teniéndose en cuenta, aunque nunca está de más ponerla. Por ello, le recomendamos también presentar una reclamación oficial ante la Consejería de Sanidad o Salud de su Comunidad Autónoma, la cual podrá consultar su forma de presentación personalmente o en la web correspondiente según su lugar de residencia.

Entendemos que esto puede no satisfacer sus pretensiones, puesto que lo ocurrido ha vulnerado sus derechos fundamentales de forma que le han afectado negativamente en su vida privada, por lo que, en ese caso, le recomendaríamos optar por la vía judicial.

En vía administrativa, también podrá acudir a la Agencia Española de Protección de Datos para intentar reparar la lesión del derecho a la protección de datos como otro de sus derechos fundamentales. En esto nos centraremos más adelante, en un párrafo dedicado a ello.

Vía judicial:

En el artículo 9 de la misma Ley Orgánica 1/1982, se establecen los mecanismos de protección ante una lesión del derecho a la intimidad. Se establecen varias posibles vías: las vías procesales ordinarias, la vía del artículo 53.2 de la Constitución Española, o el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

a) Procedimiento preferente y sumario (artículo 53.2 CE):

En cuanto al procedimiento ordinario, habría que acudir a los Tribunales del orden civil, si bien aquí, al tratarse de un Derecho Fundamental (el derecho a la intimidad y también el derecho a la protección de datos), podemos optar directamente, dentro de este orden, por el procedimiento del artículo 53.2 de la Constitución Española, que es un proceso especial para este tipo de derechos caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad, siendo más rápido y adecuado.

El artículo 249.1. 2º) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé en su ámbito las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, en definitiva, a cualquier Derecho Fundamental.

Usted tendría, por tanto, que demandar conjuntamente al Hospital y a la persona que reveló la información (si ha podido contrastar quién fue), ante el Juzgado de Primera Instancia de su lugar de residencia. Para ello, necesitará un abogado y procurador. En caso de que no tuviese los suficientes recursos, si cumple los requisitos, podría solicitar un abogado de oficio, lo cual puede consultar en la web de Justicia Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española: <http://www.justiciagratis.es/publico/>

En cuanto a la demanda, se tendrá que poner de manifiesto cómo ha sido vulnerado su derecho a la intimidad, (y como veremos más adelante, a la protección de datos) contando lo ocurrido. Es, lógicamente, conveniente, aportar junto al relato de los

hechos, las pertinentes pruebas de las que disponga: si tuviese grabada la conversación con la trabajadora del hospital, el registro de llamadas, saber la identidad de la trabajadora, o cualquier medio de prueba que se le pueda ocurrir. Si bien, en el caso concreto, a priori es difícil encontrar alguna prueba material más, por lo que será importante que el relato de los hechos sea detallado y claro, así como la relación entre el hecho de la revelación de sus datos de salud, y la lesión a su intimidad.

En el orden civil, para resarcir la vulneración de su derecho, puede pedir en su demanda una indemnización por los daños ocasionados. En este caso, estaríamos hablando de una indemnización por daños morales que, si bien tienen una valoración un tanto subjetiva, puede justificarse la cuantía que se pida con base en, por ejemplo, algún informe psicológico que ponga de manifiesto la afectación del hecho en su persona, etc., si correspondiese.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como *"el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...] La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico"*.

Una vez precisado el concepto de daño moral, debe procederse a la valoración del mismo, es decir, determinarse la entidad del daño, así como su contenido intrínseco o composición material, tras lo cual se procederá a determinar el montante a pagar en concepto de indemnización.

En nuestro ordenamiento jurídico, la valoración del daño moral es, con bastante frecuencia, difícil de determinar y de adecuar a los criterios correctos. Sin embargo, como señala el Magistrado José Ramón Chaves García, *"el que sea difícil la singularización y evaluación del daño moral, no impide que puedan establecerse legal o jurisprudencialmente criterios mínimamente objetivados, que dejando abierto un portillo a la discrecionalidad, al servicio de la equidad, den una respuesta proporcionada y socialmente aceptable"*.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2015 (rec. 956/2014), pone de manifiesto estas dificultades, cuando en su Fundamento Jurídico 3º, señala que el daño moral *"ofrece la complejidad de su afección a la esfera íntima de la persona para la que no existen criterios concretos para su valoración ni para su apreciación por estar basados necesariamente por en grado de subjetivismo en quien lo padece. Se suma a ello que la variedad de supuestos que puede ofrecer este daño moral es variada y compleja, y si bien encuentra su*

manifestación más directa en los daños físicos ocasionados a las personas y la repercusión personal de los mismos -"pecunia doloris"-, tiene un ámbito más amplio que comprende todo "acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor... se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma".

Sin duda la prueba de la existencia del daño moral será mucho más difícil que la del daño material, y si bien resulta difícil dicha prueba, mucho más difícil es la cuantificación de la compensación. Por ello, la doctrina ha planteado la necesidad de establecer pautas objetivas para la cuantificación, como podrían ser: la aplicación, por analogía, del baremo para accidentes de circulación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 293/2007, de 13 de junio); la vinculación del daño moral al daño material, estableciéndose una relación cuantitativa en la que pueda pedirse un porcentaje de la cantidad que correspondería por daños materiales (Sentencia del Tribunal Supremo, 248/2011, de 4 de abril); que el demandante establezca discrecionalmente y justificando los motivos, la cantidad que estima (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011); o solicitar que sea el propio juez quien determine la cantidad, partiendo de criterios de equidad, a lo que es favorable la mayoría de la jurisprudencia española.

Por tanto, la valoración del daño normalmente, siguiendo la doctrina mayoritaria, se hará acorde al criterio del juez, sin perder de vista que ese criterio debe estar fundado en otros que sean objetivos, para que no se cause una desigualdad en cuanto a la determinación de la valoración del daño moral.

Debemos advertirle que, en su caso, la probabilidad de poder ser indemnizado por el daño moral puede ser complicada puesto que el ámbito en el que se da el daño es el familiar.

b) Recurso de amparo:

Una tercera vía, subsidiaria, sería la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el caso de que sus pretensiones no hayan sido satisfechas en la vía ordinaria, una vez que hay sentencia firme, podría recurrir en amparo. Si bien, este es

un proceso bastante largo puesto que, la gran multiplicación del número de recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional, ha conducido a una dilatación del tiempo de tramitación y resolución de los mismos, que desnaturaliza su propia finalidad. Esto ha llevado a que se establezcan ciertos requisitos para interponer este especial recurso, tales como la justificación de la especial transcendencia constitucional del recurso, lo que requiere que el asunto sea relevante y novedoso en cuanto a la interpretación de la Constitución Española, que no exista jurisprudencia al respecto, que la vulneración del derecho fundamental venga dada por la ley o por una interpretación reiterada de la jurisprudencia que es lesiva, cuando el propio Tribunal incumple sin motivación su doctrina o cuando estamos ante un asunto muy relevante de repercusión social o económica.

Por tanto, habría que decir y considerar que la admisión del recurso es muy difícil y, en nuestro caso concreto, no parece darse a priori esa especial transcendencia constitucional que se exige, lo que provocaría que el recurso presentado fuera desestimado.

Hemos acudido desde un primer momento al orden civil y hemos descartamos la vía penal porque, aunque la revelación de secretos está tipificada como delito en el Código Penal, en el presente caso, no parece existir el dolo, la intencionalidad de producir un daño concreto.

Protección de Datos:

La protección de datos es un derecho fundamental que se desarrolla a partir del artículo 18.4 de la Constitución Española y que ha sido definido como autónomo e independiente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. Este derecho hace referencia al poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a las personas físicas para consentir el conocimiento y tratamiento de sus datos por terceros.

De esta manera, es la persona física la única facultada para decidir lo que se puede hacer con sus datos de carácter personal, es decir que, es usted como paciente quien decide qué es lo que el titular del fichero (el hospital) puede hacer con los datos relativos a su salud.

Este derecho fundamental está regulado en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal. Concretamente debemos acudir a los artículos 7 y 8 donde se reconocen los datos relativos a la salud en un régimen de especial protección.

Por otro lado, el artículo 11 de la misma norma, establece que es necesario el consentimiento previo y expreso del interesado (es decir, el de usted) a la hora de ceder esos datos a un tercero, salvo como se dice en la letra f) *“cuando la gestión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesario para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”*. Sin embargo, este no es nuestro caso.

Asimismo, se desprende del artículo 16.6 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, el deber de secreto por parte del personal en cuanto a la información personal contenida en la historia clínica.

El comunicarle el cambio de cita no era una urgencia puesto que podrían haber intentado contactarle de nuevo más tarde o al día siguiente, y de no coger usted el teléfono, podrían haberle dejado un mensaje en el contestador, enviarle un SMS o una carta certificada a su domicilio, no habiendo un motivo urgente para tener que recurrir a buscar el número fijo en su historial clínico.

Por tanto, la comunicación de la persona de admisión a su madre, no corresponde a ninguno de los tres principios esenciales que informan esta ley, al principio de pertinencia. Para comunicar el cambio de cita no era necesario ni pertinente comunicar a la interlocutora datos como para qué especialidad era la cita, si había acudido más veces, etc.

En caso de que la Agencia Española de Protección de Datos declare que ha habido una lesión del derecho, una consecuencia jurídica que se desprende es la establecida en el artículo 19 de la Ley de Protección de Datos que establece que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley, el interesado tendrá derecho a una indemnización por razón del daño o lesión de sus derechos. Este derecho podrá ejercerse, una vez reconocida la lesión en vía administrativa por la Agencia, acudiendo a los tribunales civiles.

En el siguiente link puede interponer el escrito de denuncia correspondiente ante la Agencia Española de Protección de Datos: <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/formNuevaDenuncia/formNuevaDenuncia.jsf>.

Conclusiones:

Por tanto, llegamos a la conclusión de que ha podido existir una lesión de su derecho a la intimidad y de su derecho a la protección de datos, ambos derechos fundamentales. Puede interponer una queja o reclamación en los servicios de atención al paciente del hospital en cuestión y ante la Agencia Española de Protección de Datos (en la que sí se declara la lesión, se podrá pedir indemnización en vía judicial civil), siendo estas actuaciones en vía administrativa, las cuales no requieren de letrado.

Si tras reclamar en vía administrativa no ve resarcido su derecho, puede acudir a la vía judicial, a los tribunales, interponiendo una demanda ante el orden civil, mediante el procedimiento preferente y sumario de defensa de los derechos fundamentales. Aquí necesitará de los servicios de letrado y procurador.

Esperamos que nuestra aportación le sea satisfactoria y pueda ayudarle en sus futuras pretensiones.

Clínica Legal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha perseguido explicar y hacer entender qué son y qué funciones tienen las Clínicas Jurídicas, en concreto la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, y para una mejor comprensión, se han expuesto dos de los casos elaborados en el marco de la misma.

De todo ello, la conclusión a destacar es que la función de la Clínica Legal no cumple solo un papel docente, no se limita a la puesta en práctica de conocimientos por parte de los alumnos y las alumnas, sino que cumple con un papel relevante para la sociedad: es un instrumento, dentro de la Universidad, de justicia y compromiso social. Se da la oportunidad a personas sin los suficientes recursos y a asociaciones para que puedan ser asistidas legalmente en todas sus dudas, haciéndoles saber de qué derechos son titulares y cómo pueden ejercer los mismos en cualquier ámbito: en su puesto de trabajo, ante las administraciones públicas, en vía judicial, etc.

El trabajo desarrollado en la Clínica Legal ha sido extenso, a la vez que ameno, en cuanto a número de casos, si bien en el presente trabajo solo nos ha sido posible, para ajustarnos a la extensión, exponer dos de ellos. De estos dos casos, y del resto, podemos extraer como conclusiones generales (ya que las conclusiones de las situaciones concretas expuestas las hemos podido ver en cada uno de los casos anteriores) que las personas que tienen una enfermedad crónica, en concreto el VIH, se ven sometidas en su día a día a múltiples barreras, en muchas ocasiones discriminatorias, para ser tratadas en situación de igualdad con los demás. En este trabajo lo hemos podido constatar en el acceso a los servicios públicos y privados del ámbito sanitario. Paradójicamente, en el sector relativo a la salud, parece haber entre los trabajadores y las trabajadoras del mismo, un desconocimiento acerca del VIH ya que, en frecuentes ocasiones, se discrimina y estigmatiza a este colectivo sin justificación alguna, estableciéndose incluso, en algunos casos, protocolos médicos excluyentes de forma errónea o discriminatoria.

Muchas veces, los usuarios y las usuarias que nos contactan, no son conscientes de sus derechos, pero en los casos en los que constatamos que están sufriendo una discriminación, nuestras elaboradas respuestas hacen que puedan ejercer su derecho con

el fin de conseguir la igualdad y poner fin a las discriminaciones a las que se ven expuestos y expuestas.

Es, por tanto, la Clínica Legal, un espacio en el que se permite adquirir a los alumnos y las alumnas participantes otra visión del Derecho, en la que se acentúa el compromiso con la sociedad y, además, permite participar de la realidad a la que, como profesionales, en un futuro tendremos que enfrentarnos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen. *La incidencia de la condición de no padecer enfermedad infecto-contagiosa en los derechos de las personas con VIH.* Revista Multidisciplinar del Sida. Vol.1. Núm. 1. Mayo 2013.
- MONSERRAT QUINTANA, A., *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2010).
- ORTEGA GONZÁLEZ MOHÍNO, J., *La problemática de la cuantificación del daño moral*, noviembre de 2014, www.legaltoday.com [en línea].
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Á. y RAMÍREZ CARVAJAL, Paulina. *VIH Y PRIVACIDAD.* Proyecto de Clínica Legal de CESIDA.
- ONUSIDA. *Protocolo para la identificación de la discriminación contra las personas que viven con el VIH.* Ginebra, Suiza, 2011.
- Informe sobre la calificación jurídica del VIH y el Sida. CESIDA. *Proyecto Clínica Legal para personas con VIH/Sida.* Subvencionado por la Secretaría del Plan Nacional del Sida, del Ministerio de Sanidad y Consumo.
- *Informe sobre discriminación en aplicación de protocolos hospitalarios internos por razón de VIH.* CESIDA y Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.
- *Estudio Fipse sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o SIDA.* Estudio realizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid con la colaboración de Cruz Roja Española
- *VIH, dicriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH.* CESIDA y GTT-VIH.

❖ **LEGISLACIÓN**

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Constitución Española.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas.

❖ **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/2008, de 26 de mayo, FFJJ 5º y 6º.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/1991, de 1 de julio, FJ 2º.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, FJ 5º.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015, rec. 956/2014, FJ 3º.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 226/2012, de 9 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 248/2011, de 4 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1089/1998, de 29 de septiembre.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2015 (rec. 956/2014), FJ 3
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1064/2005, de 21 de diciembre de 2005, FJ 3º.
- Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 293/2007, de 13 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana núm. 269/2005, de 7 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 153/2003, de 3 de junio.

Discapacidad y Derecho a la Protección de Datos en personas con VIH.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 613/2002, de 4 de septiembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial Alicante núm. 440/1999, de 11 de junio.