



Universidad  
de Alcalá

**ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE  
LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES ENTRE  
PARTICULARES A TRAVÉS DE  
LA CLÍNICA LEGAL DE LA  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ**

**ANALYSIS OF THE EFFECTIVENES OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS AMONG INDIVIDUALS THROUGH THE LEGAL  
CLINIC OF THE UNIVERSITY OF ALCALÁ**

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

Presentado por:

D<sup>a</sup>. ANA RIVERA CASTRO

Dirigido por:

D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 1 de febrero de 2018.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como objeto analizar si los derechos fundamentales son aplicables a las relaciones privadas o si, por el contrario, su cumplimiento no es exigible a los particulares. Para ello, vamos a basarnos en la labor de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y, concretamente, en dos de los casos resueltos en ella, ilustrativos de las situaciones de discriminación y desigualdad que hacen necesario el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales.

## **PALABRAS CLAVE**

Clínica Legal, discriminación, igualdad, VIH, derechos fundamentales, autonomía privada, derecho penal

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyse whether fundamental rights are applicable to private relationships or if, on the contrary, its respect is not enforceable against individuals. To this end, we will be taking as a basis the work of the Legal Clinic of the University of Alcalá and, specifically, two of its cases, which show the situations of discrimination and inequality that make the debate on the effectiveness of fundamental rights necessary.

## **KEY WORDS**

Legal Clinic, discrimination, equality, HIV, fundamental rights, private autonomy criminal law

# ÍNDICE

## **1. Introducción**

- 1.1. Objetivos
- 1.2. Metodología

## **2. Las Clínicas Legales**

- 2.1. Concepto e historia
- 2.2. La Clínica Legal de la Universidad de Alcalá
  - 2.2.1. Metodología

## **3. Ejemplos de consultas y su resolución: denegación de servicios a personas con VIH**

- 3.1. CESIDA 2018-16
- 3.2. CESIDA 2018-38

## **4. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**

- 4.1. Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales
- 4.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento español
- 4.3. El conflicto entre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la autonomía privada
- 4.4. Necesidad de la intervención penal

## **5. Conclusión**

## **6. Bibliografía**

## **1. Introducción**

La motivación de este trabajo es fruto de mi participación en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, en la que he podido aproximarme a la realidad de diferentes colectivos y, en concreto, a los casos de discriminación hacia personas con VIH.

Efectivamente, resultan sorprendentes, por no decir vergonzosas, las vulneraciones de derechos fundamentales que sufren determinados grupos sociales por el mero hecho de pertenecer a tal colectivo, lo que parece indicar que en las relaciones entre particulares la vigencia de estos derechos se relega a un segundo plano. Por tanto, el objetivo de este trabajo no es otro que analizar esta problemática de la eficacia de los derechos fundamentales, así como sus posibles límites.

Para ello, he considerado necesario comenzar por explicar qué son las Clínicas Legales y qué función tienen, así como concretar el ámbito de trabajo de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá y su metodología. En segundo lugar, se explicarán dos de los casos resueltos en la Clínica relativos a la denegación discriminatoria de servicios a personas con VIH, con el doble fin de mostrar cómo son resueltas las consultas que llegan a la Clínica pero también para mostrar dos supuestos reales de vulneración de derechos fundamentales por parte de particulares.

Una vez expuesto lo anterior, se explicará la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, primero de manera general y, después, en el ámbito del ordenamiento español. Asimismo, en este punto se analizarán los límites y posibles conflictos de esta eficacia horizontal.

## 2. Las Clínicas Legales

### 2.1. Concepto e historia

Las Clínicas legales tienen su origen en las Universidades de Estados Unidos del siglo XX. Más concretamente, su origen responde a la dura crítica por parte de Jerome Frank, profesor de la Universidad de Yale, al sistema de educación del Derecho de la época. Éste abogaba por extender la enseñanza clínica, propia de los estudios de medicina, a las aulas de Derecho. Para ello, propuso un sistema en el que los alumnos trabajarían gratuitamente, debidamente apoyados por sus profesores, en la solución de casos jurídicos reales planteados por personas sin recursos suficientes. Este último aspecto era de gran importancia, pues tras la crisis de 1929 la realidad social y económica del país era muy dura. De este modo, los alumnos aprendían Derecho de forma activa, con casos reales, como alternativa al estudio del Derecho mediante la simple lectura de casos<sup>1</sup>.

Los pilares de la idea de Frank eran, por tanto, trabajo real de los alumnos, apoyo de un profesor experto, gratuidad y finalidad social. Con ello se quería conseguir que los alumnos aprendieran mediante el trabajo práctico y, además, revertir en la sociedad los beneficios derivados de su aprendizaje<sup>2</sup>.

Este proyecto tardaría en ejecutarse y a partir de los años 60 empieza el proceso de expansión de las clínicas jurídicas y su implementación llega a Europa, pero no es hasta el año 2000 cuando se adopta este modelo en España<sup>3</sup>, contando en la actualidad con más de 20 Clínicas Jurídicas en diferentes universidades del país.

Hoy en día, podemos definir una clínica legal como un programa universitario que combina la enseñanza práctica del derecho con el servicio de consultoría jurídica gratuita, realizando así una función social, lo que se conoce como aprendizaje-servicio.

---

<sup>1</sup> WITKER J.: “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico”. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 5, número 10, 2007, pp. 181-207.

<sup>2</sup> PASCUAL SEQUEROS, A. *et al*: *La idea de las clínicas jurídicas*. 10 de junio de 2014. Disponible en <https://elderecho.com/la-idea-de-las-clinicas-juridicas>.

<sup>3</sup> ATIENZA, S.: *Clínicas Jurídicas en EEUU, ¿un modelo para España?* 6 de marzo de 2017. Disponible en: <https://hayderecho.com/2017/03/06/clinicas-juridicas-en-eeuu-un-modelo-para-espana/>.

En cuanto al primer aspecto, como ya hemos visto, una clínica legal busca trasladar al Derecho el modelo práctico de enseñanza que se sigue en otros estudios, logrando así una enseñanza más real, al aplicar los alumnos sus conocimientos teóricos para la resolución de los casos que se plantean, en los que tratan problemas reales a los que puede enfrentarse un abogado. De igual manera, se trata de un aprendizaje colaborativo, puesto que los alumnos deben relacionarse entre ellos, con los profesores y con los usuarios<sup>4</sup>. Durante todo este proceso de aprendizaje, los alumnos además adquieren “técnicas de análisis y ciertas destrezas profesionales que sirven de medios para aprender de su propia experiencia”<sup>5</sup>.

En segundo lugar, mediante la asesoría legal gratuita, las clínicas legales prestan dicho servicio a personas o grupos en situación de vulnerabilidad cuyos casos son de interés para la comunidad<sup>6</sup>. Esta actividad se asemeja a la de los abogados denominados *pro bono*, que consiste en la labor no remunerada de un abogado, al llevar y resolver de forma altruista un caso de interés social.

Con esta metodología de aprendizaje-servicio lo que se pretende es que los estudiantes estén mejor preparados para su práctica profesional, consiguiendo así futuros abogados con una mayor conciencia social. En definitiva, el aprendizaje-servicio “resuelve la fragmentación entre la experiencia práctica de servicio a la comunidad -la acción de voluntariado- y la formación en conocimientos, habilidades y actitudes -el aprendizaje-”<sup>7</sup>, procurando “combinar aprendizaje académico y formación para una ciudadanía activa en tiempo real”<sup>8</sup> y transformándose en una “enseñanza jurídica socialmente relevante”<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *El Aprendizaje – Servicio en Derecho: la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, p. 10.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ MORALES, F. et al.: *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, p. 35.

<sup>6</sup> RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *Discriminación por razón del VIH: Los casos de la Clínica Legal en 2015*, p. 5.

<sup>7</sup> BATLLÉ, R.: *El aprendizaje-servicio en España: el contagio de una revolución pedagógica necesaria*, 2013.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ, M.: “Aprendizaje servicio y construcción de ciudadanía activa en la universidad: la dimensión social y cívica de los aprendizajes académicos” en MARTÍNEZ, M.: *Aprendizaje servicio y responsabilidad social de las universidades*, 2008, pp. 11-26.

<sup>9</sup> BLOCH, F.S.: *El movimiento global de clínicas jurídicas: formando juristas en la justicia social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

## 2.2. La Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

El presente trabajo se desarrolla en el contexto de trabajo de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, en la que participé desde noviembre de 2017 durante un total de ocho meses.

Como hemos mencionado antes, una clínica legal permite a los estudiantes aplicar los conocimientos adquiridos a través de la resolución de casos prácticos reales, y eso es exactamente lo que hace la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Trabaja con personas y asociaciones reales, que plantean su situación o preguntan sus dudas ante la Clínica y somos los alumnos y las alumnas, con ayuda de los profesores, quienes nos encargamos de dar la solución o respuesta más completa posible a estos usuarios y usuarias.

Concretamente, la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá se integra en la Cátedra Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos. Todos los casos que se trabajan en la Clínica son de interés social pero, en concreto, los asuntos que se tratan suelen estar vinculados a asociaciones u organizaciones con las que la Clínica colabora, que son las siguientes: Accu-España (Chron y Colitis Ulcerosa), ALCER (Enfermedad Renal), ASHUA (Asociación Síndrome Hemolítico Urémico Atípico), CESIDA (VIH y Sida), Federación Española de Diabetes, Federación Española de Parkinson, GTT-VIH (Grupo de Trabajo sobre Tratamientos del VIH) y Colegas (Confederación Española LGBT).

Como puede observarse, se trata en su mayoría de asociaciones de personas con una enfermedad crónica o una discapacidad, por lo que las consultas que llegan a la clínica suelen ser relativas a los derechos de estas personas, cuestiones sobre discapacidad, acceso a prestaciones sanitarias, derechos sociales, etc. Una clínica jurídica especializada en esta materia se justifica porque las personas con este tipo de enfermedades se enfrentan a numerosos problemas sociales y jurídicos, siendo por tanto una oportunidad para dar visibilidad a este colectivo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: “El acceso a la justicia por las personas con VIH: la experiencia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá como aprendizaje-servicio”. *Oñati Socio-legal Series*, en preparación, p. 7, 2018. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=319383>.

En concreto, en este trabajo nos centraremos en la discriminación hacia las personas con VIH ya que, si bien esta lucha ha obtenido grandes avances en el ámbito médico, la sociedad no ha evolucionado por igual y aún hoy este colectivo sigue sufriendo una fuerte discriminación. De hecho, si analizamos los datos de la Clínica de la Universidad de Alcalá podemos observar la gravedad de la situación, y es que casi la mitad de las consultas recibidas entre los años 2014 y 2017 han sido enviadas por personas con VIH o por asociaciones que representan sus intereses (358 de un total de 787 consultas)<sup>11</sup>.

Las cuestiones tratadas en dichas consultas han sido muy diversas pero algunas de las más recurrentes son las siguientes: acceso a seguros privados de salud o de vida, exclusión en determinadas ofertas de empleo público, acceso o mantenimiento de un puesto de trabajo en el ámbito sanitario, la transmisión accidental del VIH o derecho a la intimidad o la denegación de servicios privados ofrecidos al público en general. Más adelante, se expondrán dos consultas realizadas sobre este último tema.

De igual manera, la Clínica de la Universidad de Alcalá también realiza otro tipo de actividades con el mismo fin de aprendizaje-servicio. Un ejemplo de ello serían las sesiones de *Street Law*, donde los estudiantes acudimos a reuniones de un grupo de apoyo de personas con VIH para resolver las dudas y preguntas que tengan en relación a sus derechos. Se trata, por tanto, de una manera más directa y cercana de conseguir el objetivo de empoderamiento y formación de este colectivo.

Asimismo, la Clínica acerca al alumno al ya mencionado *pro bono*. Anualmente la Clínica colabora con la Fundación Fernando Pombo, una asociación de abogados y abogadas *pro bono*, organizando una sesión de trabajo para analizar consultas especialmente relevantes que hayan sido resueltas en la clínica durante el curso, donde expertos en diferentes áreas del Derecho evalúan el trabajo realizado por los alumnos.

Por último, debemos mencionar también la función social de la abogacía, puesto que ésta se materializa a través del trabajo realizado en la Clínica. En efecto, si consideramos que la principal misión del abogado o abogada es defender los derechos de la sociedad y de quienes la integran, la labor realizada en las clínicas legales cumple

---

<sup>11</sup>RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P., op cit., p. 12.



sin duda esta función. Como hemos observado, el objetivo último de la Clínica Legal es reducir las desigualdades existentes en la sociedad y el primer paso para conseguir que esas diferencias disminuyan es garantizar el derecho de acceso a la justicia a quienes por diversas barreras, ya sean económicas o actitudinales, no se encuentran en igualdad de oportunidades. Desde esta perspectiva, las Clínicas Jurídicas en general y la Clínica de la Universidad de Alcalá en particular se configuran como un verdadero instrumento para reducir esas desigualdades, poniendo a disposición de la comunidad los conocimientos y el trabajo de alumnos y profesores puesto que, como veremos en el siguiente epígrafe, dar con una solución judicial no es el único fin que persigue la Clínica sino que también ofrece un servicio educativo, haciendo que los usuarios sean conscientes del contenido de sus derechos y que sepan dónde acudir en caso de que éstos resulten vulnerados.

### **1.2.1. Metodología.**

Consideramos interesante explicar brevemente el funcionamiento de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para una mayor comprensión del método de trabajo y de los casos que se expondrán a continuación.

Las consultas se reciben a través de correo electrónico y, en primer lugar, se envía a los usuarios una respuesta automática en la que se les indica que su consulta ha sido recibida y que se les puede solicitar información o documentación adicional en caso de que el asunto sea admitido. Para garantizar el anonimato, se admiten consultas llegadas desde cualquier dirección de correo electrónico, sea ésta real o claramente inventada.

Una vez aceptado el caso, se hace una reunión basal con el profesor y los alumnos a los que se les ha asignado para establecer los hechos y comprobar si se cuenta con toda la información necesaria para la resolución o si hay que hacer alguna pregunta al usuario o usuaria.

En esta primera reunión también se estudia el caso y se determina el trabajo a realizar, cómo enfocarlo, normativa aplicable, etc. Los asuntos se trabajan de forma interdisciplinar, pues lo más común es que haya varias ramas o áreas del Derecho

implicadas en el caso. No obstante, en caso de que se trate de un tema muy específico, los estudiantes también pueden reunirse con otros profesores/as de la Universidad o expertos/as externos que colaboran con la clínica para que les puedan asesorar sobre cuestiones jurídicas más concretas o sobre cuestiones médicas y farmacológicas<sup>12</sup>.

Finalmente, se redacta un borrador que es estudiado y revisado por los profesores participantes en el caso para que, mediante las correcciones y recomendaciones de éstos, los estudiantes puedan obtener una versión final más adecuada tanto material como formalmente.

El plazo de respuesta varía en función de la complejidad del caso, si bien siempre se tienen en cuenta los plazos para presentar los posibles recursos administrativos o judiciales, encontrándose la media en unos quince días lectivos<sup>13</sup>.

La versión final se plasma en una ficha que está dividida en los siguientes apartados: fecha, nombres de los alumnos que la han redactado, nombres de los profesores que han coordinado, resumen de la consulta (incluyendo exclusivamente los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico), preguntas que en su caso deban formularse al usuario para completar los hechos, instrumentos normativos utilizados (legislación, jurisprudencia y otras fuentes) y, finalmente, la respuesta fundamentada. Como hemos dicho, siempre se mantiene el anonimato del usuario, por lo que en ningún momento se le identifica en la ficha con nombres o apellidos.

Unas veces lo que el usuario o usuaria busca es la resolución de una duda concreta; otras veces, información general sobre una situación que se le plantea. No obstante, en ocasiones la respuesta no es clara o puede incluso ser negativa porque el ordenamiento no les ampara en sus pretensiones. Sin embargo, como ya hemos mencionado, el objetivo último de la Clínica es empoderar a esas personas que solicitan ayuda, haciéndoles saber si son o no titulares de ciertos derechos, explicándoles cómo pueden ejercer los mismos y en base a qué argumentos legales. Por eso, como veremos en los casos que vamos a exponer a continuación, siempre se les informa de todas las opciones de las que disponen y a qué órganos de reclamación administrativos y legales pueden acudir para que, con toda la información necesaria, ellos mismos puedan decidir qué hacer con respecto a su situación. Es decir, muchas veces la función de estas consultas no es ofrecer una solución inequívoca, sino dotar a los usuarios de la

---

<sup>12</sup> RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P., op cit., p. 14.

<sup>13</sup> RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P., op cit., p. 13.

información y herramientas necesarias para que ellos y ellas mismas se reconozcan como titulares de derechos y puedan hacerlos valer.

La respuesta se envía a través del correo electrónico y siempre se les advierte a los usuarios que la Clínica no puede recomendar profesionales de la abogacía concretos, efectuar representación alguna ante órganos judiciales o administrativos ni llevar a cabo otras actividades de litigación o mediación ante cualquier otra persona física o jurídica. De igual manera, en la respuesta siempre se señala si las acciones legales pueden hacerse con o sin asistencia letrada y se informa del beneficio de la justicia gratuita y de sus requisitos<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P., op cit., p. 13.

### **3. Ejemplos de consultas y su resolución: denegación de servicios a personas con VIH**

Durante mi participación en la clínica realicé un total de diez casos, de los que a continuación se explicarán dos. Estos dos casos son precisamente la motivación del presente trabajo, ya que muestran la realidad de la discriminación entre particulares y la ineficacia de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones.

En este punto consideramos que lo más relevante es exponer la resolución del caso, es decir, la respuesta fundamentada, con las palabras y en la manera en la que se les explicó a los usuarios, con el fin de ilustrar qué tipo de información es la que reciben tras realizar una consulta. Se han omitido, por tanto, otros apartados de la ficha tales como las preguntas formuladas o la enumeración de la legislación y jurisprudencia utilizadas. Cabe mencionar que, aunque cada uno tiene sus propias particularidades, se trata de dos casos muy similares y, por tanto, hay aspectos legales o parte de la información proporcionada que se repite en ambas respuestas.

Las consultas se identifican por el nombre de la asociación desde la que se ha contactado con la Clínica, el año y el número de consulta. En este caso se trata de dos consultas enviadas desde CESIDA.

#### **3.1. CESIDA 2018-16**

Esta consulta fue planteada por una persona de nacionalidad colombiana que acude a un centro de estética para realizarse la depilación láser. Antes de iniciar el procedimiento de depilación le piden que rellene un consentimiento informado, donde se le pregunta si sufre de alguna enfermedad y, en caso afirmativo, qué medicación está tomando, a lo que el usuario responde que es VIH positivo. Entonces, la empleada que le estaba atendiendo le indica que, tras consultarlo con el profesional médico del centro, no pueden realizarle la depilación. En ningún momento se le ofrece una razón o justificación al respecto. El usuario también nos informa de que es solicitante de asilo político en España, puesto que teme que las posibles medidas que pueda tomar contra el centro estético perjudiquen dicho proceso.

En cuanto a la resolución de esta consulta y antes de entrar al fondo de la cuestión, comenzamos por explicarle al usuario la diferencia entre lo que es estar en situación irregular y tener la condición de asilado o refugiado, haciendo hincapié en que

son dos situaciones distintas, ya que se mostraba preocupado por su proceso de solicitud de asilo.

Le indicamos que se considera en situación irregular a aquella persona extranjera que reside en el territorio español sin tener autorización para ello. Esta situación se da cuando la persona extranjera no obtiene la prórroga de estancia, carece de autorización de residencia o ésta lleve caducada más de tres meses.

Por el contrario, tiene la condición de asilado o refugiado en España toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un determinado grupo social, género u orientación sexual se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, debido a dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país. También se reconoce la condición de asilo o refugio en España al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él. El reconocimiento de la condición de asilado o refugiado conlleva la no devolución ni expulsión del titular del derecho de asilo. De hecho, la mera presentación de la solicitud de asilo conlleva la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante (artículos 3, 5 y 18.d de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria).

Según los hechos narrados en la consulta, deducimos que el usuario es solicitante del derecho de asilo por lo que en realidad no se encuentra en situación irregular. Le mencionamos que es importante que tenga esto en cuenta, pues son dos situaciones que acarrearán derechos y obligaciones distintas según se encuentre en una u otra. En cualquier caso, como establece el artículo 13.1 CE, *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. Asimismo, en el apartado 4 se establece que *“la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Esto quiere decir que, independientemente de que se encuentre en situación irregular o tenga la condición de asilado o refugiado goza de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución, los cuales le explicamos más adelante.

Una vez hecha esta aclaración entramos al fondo de la consulta, para cuya resolución partimos de la base de que a nuestro usuario se le ha negado el servicio en el centro de depilación por el hecho de tener VIH, es decir, se le ha discriminado por dicha causa. Por tanto, le ofrecemos diferentes vías argumentativas para que pueda protegerse frente a tal discriminación. En primer lugar, le explicamos brevemente por qué podemos afirmar que efectivamente ha sufrido una discriminación y, en segundo lugar, analizamos dicha actuación desde diferentes ramas del Derecho.

Como bien nos indica el usuario observamos que desgraciadamente este tipo de situaciones siguen siendo frecuentes hoy en día, debido a la desinformación en torno al VIH y el estigma vinculado al mismo. Es precisamente esta estigmatización la que produce la discriminación de las personas con VIH, tratándoles injustificadamente de manera distinta al resto de personas. En efecto, eso es precisamente lo que ocurrió en el caso que nos concierne: debido probablemente a la errónea creencia de que el VIH es fácilmente transmisible se le ha negado un servicio sin ofrecerle ningún tipo de razón. Podría haberse argumentado una razón médica, como por ejemplo una mayor sensibilidad de la piel al láser debido a la medicación antirretroviral que el usuario pudiera estar tomando, pero en ningún momento se alegó esta ni ninguna otra causa.

Asimismo, le explicamos que para constatar la existencia de discriminación deben darse los siguientes requisitos: trato diferenciado ante un supuesto de hecho igual, que dicho trato no resulte razonable y que no exista proporcionalidad respecto al medio utilizado y el fin que se pretende alcanzar. En este caso, habría que constatar si en el centro de depilación al que acudió se le niegan los servicios a cualquier persona que tome algún tipo de medicación o si como parece intuirse solo lo hicieron en el caso de nuestro usuario, al conocer que tenía VIH. Tampoco resulta razonable puesto que, como hemos mencionado, no se le ha ofrecido ninguna explicación respecto a la negativa de hacerle la depilación, sino que probablemente se basó en el miedo a una posible transmisión del virus, lo cual sin lugar a dudas no resulta razonable. De igual manera, no puede considerarse proporcional ya que, antes que negarse rotundamente desde el primer momento, deberían haberle consultado sobre los efectos secundarios de su medicación o haberle hecho un examen de la piel para comprobar si, en efecto, podía someterse a la depilación láser o no.

Cabe también mencionar en este punto la distinción entre discriminación directa o indirecta. La primera de ellas se da cuando una persona es tratada de manera menos

favorable que otra en una situación análoga por algún motivo no relevante como pueden ser el género, la religión, nacionalidad o, como en este caso, una enfermedad. En cuanto a la discriminación indirecta, ésta se da cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con alguna de las condiciones que acabamos de mencionar, cuando éstas sí que resulten relevantes.

Una vez explicado todo lo anterior, podemos afirmar que efectivamente en este caso ha habido una discriminación, concretamente una discriminación directa.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de dicha discriminación, analizamos las mismas desde la perspectiva del Derecho constitucional, civil y penal.

En lo relativo al Derecho constitucional, comenzamos explicándole que en nuestra Constitución encontramos diferentes preceptos relativos a la igualdad y la no discriminación. En primer lugar, el artículo 14 señala 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”*. En este precepto se incluiría la prohibición de discriminación por razón de discapacidad o salud y, por tanto, también entraría dentro de dicha prohibición la discriminación a personas con VIH (englobándolo dentro de la expresión *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*). Así lo ha sostenido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al confirmar que debe entenderse que esta referencia a *“cualquier otra condición social”* comprende también el estado de salud. De la misma forma lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional en las Sentencias 269/1994, de 3 de octubre, o 182/2005, de 4 de julio entre otras, incluyendo el estado de salud como una de las circunstancias objeto de protección.

En segundo lugar, el artículo 9.2 establece que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Así pues, el derecho a la igualdad se reconoce no sólo como derecho fundamental, sino también como un mandato antidiscriminatorio; es decir, la prohibición por parte de cualquier instancia estatal y

particular de ejercer un trato injustamente diferenciado que limite, restrinja o niegue derechos a una persona por razón de su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por otro lado, no podemos analizar estos preceptos sin tomar en consideración el artículo 10.2 de la Constitución, puesto que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De lo contrario, podríamos pensar que el artículo 14 sólo sería aplicable a los españoles (tal y como se entiende de una lectura literal del mismo). Por tanto, debemos considerar que los textos internacionales, reconocedores de derechos humanos en general y del derecho de igualdad y no discriminación en particular, son de obligada aplicación en lo relativo a la interpretación de las normas españolas de derechos fundamentales y libertades públicas.

Asimismo, explicamos que nuestra Constitución debe ser interpretada de manera sistemática, lo cual nos lleva a tener en cuenta aquellos artículos en los que se reconoce la igualdad sin referencia alguna a la nacionalidad y también a los preceptos constitucionales que reconocen derechos sin restringir su titularidad a los ciudadanos españoles y que, por tanto, si bien no imponen directamente la igualdad de trato a favor de los extranjeros, parecen excluir al menos que el legislador pueda privarles de tal derecho.

En este punto, mencionamos la sentencia 107/1984 del Tribunal Constitucional, en cuyo Fundamento de Derecho tercero concluyó que, aunque el artículo 14 proclama el principio de igualdad con referencia sólo a los españoles, ello no es argumento bastante para estimar que *“la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible [...] y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España”*. En consecuencia, otro de los preceptos que debemos tener en cuenta en este punto es el ya citado artículo 13 de la Constitución, dedicado expresamente a sentar las bases del régimen jurídico de los extranjeros y cuyo apartado primero, como hemos visto, les reconoce las libertades públicas que la



Constitución garantiza en el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley.

En síntesis, afirmamos en nuestra ficha que, a la vista de los hechos ocurridos y lo explicado al respecto del artículo 14 de la Constitución española, dicho precepto ha sido vulnerado y, por tanto, es susceptible de ser impugnado ante los tribunales jurisdiccionales ordinarios y le explicamos que una vez agotada esta vía sin haber sido reparada la lesión, podría interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo, que es un recurso previsto para las vulneraciones de los derechos fundamentales previstos en la Constitución (artículos 14 a 29 y 30.2). Le mencionamos también que, para agotar la vía judicial previa y para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, es necesaria la asistencia de un abogado. No obstante, en el caso de que no disponga de medios económicos suficientes para permitirse un abogado, le informamos de que podría beneficiarse del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por lo que respecta al Derecho Civil, consideramos importante que conozca el tipo y la naturaleza del contrato que celebró con el establecimiento, para así analizar la validez del mismo y la responsabilidad civil del centro de estética por no haberle prestado el servicio sin mediar una causa justificada.

En este caso, mencionamos que se trata de un contrato de prestación de servicios, el cual se rige por la Ley de Consumidores y Usuarios y, de manera subsidiaria, por el Código Civil. La Ley de Consumidores y Usuarios define en su artículo 59 bis 1.b) el contrato de servicios como *“todo contrato, con excepción de un contrato de venta aquel en virtud del cual, el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio”*. Este tipo de contratos tienen una naturaleza consensual, es decir, se perfeccionan por el mero consentimiento, considerándose válido y eficaz con la declaración de voluntad que prestan las partes, pues de esta manera se entiende que aceptan la causa y el objeto del contrato. Prestado dicho consentimiento, las partes se obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículos 1258 y 1262 del Código Civil). La única forma de considerar nulo este consentimiento es probando que existe algún vicio sobre el mismo, situación que no se da en este caso.

Cumpliendo el contrato con los requisitos exigidos por el Código Civil para su validez, el incumplimiento del mismo, ya sea por dolo o por culpa, conllevará a la indemnización de daños y perjuicios, tal y como lo establece el artículo 1.101 del mismo Código.

Asimismo, la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, donde sucedieron los hechos, prevé expresamente como infracción *“la negativa injustificada a satisfacer las demandas del consumidor producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del vendedor o prestador de un servicio, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas”* (artículo 50.9), por lo que el centro podría ser sancionado, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador.

Por tanto, explicado todo lo anterior, concluimos que el contrato celebrado entre el usuario y el establecimiento es un contrato válido y eficaz, por lo que el incumplimiento del mismo al no prestarle el servicio sin mediar una causa justificada le faculta para resolver dicho contrato. Por tanto, podría exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, todo ello en virtud del artículo 1.124 del Código Civil. Le explicamos dos maneras de realizar esta reclamación: acudiendo al sistema extrajudicial del arbitraje de consumo o presentando una demanda ante el Juzgado de lo Civil.

El arbitraje de consumo es una forma extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores y usuarios, es decir, una manera de tratar de resolver el conflicto sin necesidad de iniciar un procedimiento judicial. Esta vía es voluntaria, gratuita, sencilla (sin formalidades especiales, sólo debe constar por escrito, por medios electrónicos o cualquier forma admitida legalmente que permita dejar constancia del acuerdo y aceptación al sistema arbitral de consumo de ambas partes), rápida (los expedientes se tramitan en un espacio corto de tiempo: de noventa días naturales desde la fecha en que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para tramitar el procedimiento) y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, tal y como lo establece el artículo 57 de la Ley de Consumidores y Usuarios. No obstante, le advertimos que si decide resolver el conflicto mediante esta vía, ya no podría acudir a la vía judicial.

En caso de optar por esta última vía, le indicamos que debe presentar una demanda ante el Juzgado de los Civil, debiendo sustanciarse el procedimiento por juicio ordinario, de acuerdo con los artículos 249.2 y 249.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para lo que se exige la intervención de abogado. No obstante, le informamos de que en el caso de que no disponga de medios económicos suficientes para permitirse un abogado, podría beneficiarse del derecho a la asistencia jurídica gratuita, siempre que se acredite insuficiencia de recursos económicos, según lo establecido en el artículo 2. a) de la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica. Le informamos de que esta asistencia debe ser solicitada en el Servicio de Orientación Jurídica de su Comunidad.

Por último, por lo que respecta al Derecho Penal, comenzamos explicando que nuestro Código Penal establece en el artículo 512 que *“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, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”*. Tomando en consideración la pena prevista, este delito se considera un delito menos grave (artículo 33.3 Código Penal).

La conducta típica de este precepto penal, por tanto, consiste en denegar la prestación de un servicio a la que tenga derecho una persona física o jurídica, por parte de un profesional o empresario, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, o, como es su caso, enfermedad o estado de salud. Además, no se admite en estos casos como defensa o excusa para impedir el acceso a estos establecimientos la mención de la "reserva del derecho de admisión", ya que la misma es para cuando una persona se comporta en un establecimiento comercial de forma indebida de tal manera que sea preciso obligarle a abandonar el establecimiento comercial (SAP Albacete 186/2017, de 27 de abril).

Mencionamos también en este punto que nuestro Código Penal prevé una serie de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal que, en caso de concurrir alguna de ellas, agravan la pena a imponer por el delito cometido.

En efecto, el artículo 22.4 del Código Penal contempla como agravante el hecho de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. A primera vista, podría parecer que dicho precepto resultaría aplicable a su caso puesto que, como hemos visto, se trata de un caso de discriminación por razón de enfermedad. No obstante, le aclaramos que esta agravante no es aplicable a los delitos que se basen, precisamente, en una discriminación (como es el caso del delito del artículo 512). Esto supondría la vulneración del principio “non bis in ídem” (“no dos veces por lo mismo”), ya que significaría un doble agravamiento, al castigar dos veces una conducta por razón del mismo fundamento.

Por tanto, puesto que en este caso se le ha denegado al usuario, por razón de su enfermedad, la prestación de un servicio al que tenía derecho, le explicamos que puede considerársele víctima de este delito y podría interponer una denuncia o una querrela. Las diferencias más significativas entre ambas es que en la querrela necesitaría de la intervención de un procurador para presentarla y sería considerado parte acusadora en el procedimiento, para lo cual necesitaría abogado y procurador; en el caso de la denuncia, no necesita abogado ni procurador y no intervendría personalmente como parte acusadora. Además, la querrela tiene unos requisitos formales que deben cumplirse para interponerse; la denuncia, en cambio, puede incluso ser verbal. Asimismo, la querrela debe presentarse ante el juez competente y la denuncia se puede presentar ante cualquier institución cuya finalidad sea poner en conocimiento de los jueces el presunto hecho delictivo como, por ejemplo, una comisaría.

En relación con lo anterior, le reiteramos que en caso de que no disponga de los medios económicos suficientes, puede acceder al sistema de asistencia jurídica gratuita. En efecto, todas las personas que se encuentren en España (incluyendo a los extranjeros) tienen derecho a la asistencia jurídica de forma gratuita, es decir, la posibilidad de ser asistido por un abogado de oficio sin tener que pagar por los honorarios profesionales, esto siempre que se acredite insuficiencia de recursos económicos, según lo establecido en el artículo 2. a) de la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica. Le indicamos que esta asistencia debe ser solicitada en el Servicio de Orientación Jurídica de la Comunidad de Madrid, que se encargará de atenderle e informarle sobre la defensa de

sus derechos, la tramitación de sus reclamaciones judiciales y en la obtención de la asistencia jurídica gratuita, todo ello de forma gratuita.

Una vez analizado todo lo anterior, consideramos que el usuario ha sufrido una discriminación directa por razón de salud/enfermedad al no habersele prestado un servicio que ya había contratado sin mediar una causa justificada. Esta discriminación se prohíbe en la Constitución Española en su artículo 14 y, a su vez, está penada por el Código Penal en virtud del artículo 512.

De igual manera, le recordamos que la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación regulado en el artículo 14 ampara no sólo a los españoles, sino también a los extranjeros, en virtud del artículo 13 de la Constitución. Por tanto, le aseguramos que su condición de solicitante de asilo no es un obstáculo para exigir el respeto de sus derechos y recibir la protección correspondiente de los tribunales españoles.

En cuanto al contrato celebrado, le explicamos a modo de resumen que al mediar consentimiento por ambas partes en el momento de contratar, éste se considera válido y suficiente para considerar eficaz el contrato, lo que significa que ambas partes quedan obligadas al cumplimiento del mismo y, en caso de incumplimiento por una de las partes, ésta deberá indemnizar a la otra. Por ello, el hecho de que el centro de depilación no le haya prestado el servicio sin causa justificada se considera un incumplimiento del contrato, debiendo el centro indemnizarle por los daños y perjuicios causados.

### **3.2 CESIDA 2018-38.**

En este caso, la usuaria se pone en contacto con una clínica capilar llamada Anatomica Hair CB a través de un agente de la misma, vía WhatsApp, para contratar un servicio de trasplante capilar. La clínica tiene su domicilio social en España, concretamente en Madrid, pero la operación se realiza en Turquía. Tras diversas conversaciones por WhatsApp, el agente comercial le indica a la usuaria que es apta para la intervención, que debe abonar la cantidad de 298,87€ en concepto de reserva y que debe comprar el billete de avión a Turquía que asciende a 324,51€ (más 17,43€ del visado). Ya realizados estos pagos, el día 13 de febrero el agente comercial le indica que, debido al VIH, desestiman su intervención. La usuaria, entonces, solicita la devolución de las cantidades abonadas y desde la clínica le responden que le reintegrarán los 298,87€ de la reserva, pero no los gastos de desplazamiento puesto que consideran que no son productos contratados en dicha entidad. Asimismo, alegan que la

cancelación de la intervención se debe a que la usuaria no les indicó en el momento de la contratación del servicio que estaba tomando medicación para su VIH (indetectable), puesto que no lo hizo saber hasta días después de haber realizado la reserva. Cabe mencionar que el servicio fue contratado mediante WhatsApp, ya que el contrato escrito se firma justo antes de la operación, ya en Turquía. En cuanto a las preguntas de la usuaria, nos indica que se siente discriminada y afectada, puesto que se le ha denegado el servicio tras haber desvelado información personal y se pregunta si es lícita la negativa por razón de VIH. Pregunta cómo puede proteger sus datos personales de salud. Asimismo, pregunta si tiene derecho a obtener la devolución de los gastos de avión y visado, así como el envío de una carta membretada con las razones de la cancelación.

Como puede observarse, se trata de un caso muy similar al anterior; con distintas particularidades, pero el fondo del asunto es el mismo. Debido a la especialización de la Clínica Legal en casos de discriminación por razón de VIH, los estudiantes nos especializamos igualmente en el tema, aplicando en la resolución de cada nuevo caso lo aprendido en el anterior y, gracias a esa reiteración en las consultas planteadas, podemos ir aprendiendo de nuestros errores y conseguir una mejor formación en la materia.

En cuanto a la resolución de esta consulta, y al igual que en la anterior, en primer lugar le explicamos a la usuaria si, de acuerdo a Derecho, podemos afirmar que efectivamente ha sufrido una discriminación y, en segundo lugar, los mecanismos legales de los que dispone para protegerse frente a tal actuación.

No obstante, a diferencia del caso anterior y debido a la particularidad de este, antes de entrar en el fondo del asunto analizamos la competencia judicial internacional y la ley aplicable, ya que no podemos obviar el elemento extranjero del contrato al celebrarse en España pero ejecutarse en Turquía (aunque en este caso realmente no se llegara a ejecutar).

En lo que respecta a la competencia judicial internacional, consideramos competentes para conocer del asunto los Tribunales Españoles, pues tal y como establece el artículo 22 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), estos tendrán competencia cuando el demandado tenga su domicilio en España, como es el caso de la “Clínica Anatómica Hair”, que tiene su domicilio social en Madrid.

Por otro lado, por lo que a la ley aplicable respecta, entendemos que es aplicable la ley española, pues tal y como establece el artículo 6.1. a) del Reglamento de Roma I, los contratos de consumo “*se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual*”.

Como hemos mencionado anteriormente, en este caso el contrato no se llegó a ejecutar, por lo que la norma de conflicto pierde relevancia, si bien consideramos importante que la usuaria conozca la normativa internacional y sepa que, bien se hubiese ejecutado el contrato o no, tanto la competencia como la ley aplicable serían competencia de España.

Una vez establecido que la ley aplicable es la española, procedemos a analizar el caso desde la perspectiva del Derecho Constitucional, Civil y Penal.

En primer lugar, le explicamos los requisitos para constatar la existencia de discriminación, a los que ya hemos hecho mención en el supuesto anterior. En el presente caso, nos encontramos igualmente ante un supuesto de trato diferenciado sin ningún tipo de razón o justificación y, en principio, las diferencias existentes entre la usuaria y cualquier otro cliente del centro son irrelevantes, por lo que podemos afirmar que estaríamos ante un trato discriminatorio entre situaciones análogas.

Por otro lado, tampoco resulta razonable ya que en este supuesto, no se ofrece ninguna razón médica ni de otra índole para no llevar a cabo la intervención, sino que de nuevo se ha basado en el miedo a una posible transmisión del virus, lo cual sin lugar a dudas no resulta razonable. En efecto, no parece que la medida más racional fuera negar el servicio, sino que, suponiendo que esta negativa se basa en el miedo a una posible transmisión del virus, existen otras pautas mucho menos lesivas para evitarlo como, simplemente, que este tipo de operaciones se realicen con las condiciones de higiene y asepsia pertinentes, que no deberían por qué variar en el caso de que el cliente en cuestión sea seropositivo. Es decir, el estándar de higiene tiene que ser igual de riguroso en cualquier caso ya que, por ejemplo, podría darse el caso de que un paciente o incluso alguien del equipo médico tenga también una enfermedad transmisible y lo desconozca. Por tanto, si damos por hecho que siempre han de tomarse estas precauciones necesarias, no tendría por qué resultar un problema atender a alguien con VIH puesto que el protocolo de higiene debería ser el mismo. De hecho, en caso

contrario, esta práctica podría también resultar un problema para los pacientes que no tengan ninguna enfermedad de este tipo, puesto que podrían pensar que con ellos y ellas no se están tomando todas las medidas de higiene posibles.

De igual manera, no puede considerarse proporcional ya que, antes que negarse rotundamente desde el primer momento, podrían realizar una valoración médica individual de cada paciente para comprobar si efectivamente existe algún riesgo para la intervención o no.

En síntesis, no existe en este caso una fundamentación suficiente y racional como para poder considerarlas realmente diferentes desde el plano jurídico. La diferencia tampoco supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto ya que, como hemos visto, no existe una justificación objetiva y legítima; no existe una proporcionalidad razonable entre la finalidad perseguida (que, en cualquier caso, no indicaban cuál era, si bien podemos presumir que sería evitar cualquier posible transmisión) y la limitación de los derechos de la paciente (negarle una prestación a la que tendría derecho).

En este punto, le explicamos también la distinción entre discriminación directa e indirecta y concluimos que efectivamente en este caso la usuaria ha sufrido una discriminación, concretamente una discriminación directa.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de dicha discriminación, analizamos las mismas, al igual que en el primer caso, desde la perspectiva del Derecho constitucional, civil y penal.

Por lo que respecta a nuestra Constitución, le explicamos los mismos preceptos relativos a la igualdad y a la no discriminación que en el caso anterior, así como el funcionamiento del recurso de amparo.

En cuanto al ámbito civil, de igual manera le explicamos el tipo y la naturaleza del contrato que celebró con el establecimiento, para así poder conocer de la validez del mismo y la responsabilidad civil del centro por haber resuelto el contrato sin mediar una causa justificada. En este caso, también nos encontramos ante un contrato de prestación de servicios, que se rige por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En el artículo 8 de esta Ley se recogen los derechos básicos del consumidor y, en base al mismo, consideramos que el empresario ha llevado a cabo prácticas



comerciales desleales, que le debe indemnizar por los daños y perjuicios sufridos y que ha proporcionado una información incorrecta del producto que ofrece. Las prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios vienen recogidas en el artículo 19 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

En efecto, consideramos que el centro capilar ha incurrido en una práctica comercial desleal ya que no prestar el servicio por tener VIH es un acto discriminatorio, tal y como establece el artículo 16.1 LCD, *“el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada”*. En definitiva, el empresario no proporcionó una razón que justificara la negativa de prestar el servicio, simplemente se negó a prestarlo, resolviendo el contrato unos días antes de su ejecución; también es desleal el no proporcionar toda la información necesaria previamente al contrato, como las características esenciales del servicio que se estaba contratando, tal y como lo establece el artículo 7 LCD relativo a la omisión engañosa.

En relación a lo anterior, explicamos también que estas prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios y las conductas discriminatorias en el acceso a la prestación de servicios son sancionadas por la Administración pública con multas desde los 3.005,06 euros a los 601.012,10 euros, dependiendo de si es leve, grave o muy grave, según lo establecido en los artículos 49 y 51 del TRLCU.

Por lo que respecta a la práctica desleal, los artículos 2.1 y 2.2 de la LCD establecen que *“para que un acto sea considerado desleal debe realizarse en el mercado y con fines concurrenciales. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”*. Asimismo, en el apartado 3 del mismo precepto, se establece que *“la ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”*; es decir, no es necesario que el acto de competencia desleal haya causado un daño efectivo, basta con que la actuación sea susceptible de producir un daño.

Una vez explicado lo anterior, se le informó a la usuaria de su legitimación para ejercer todas las acciones previstas en el artículo 32 LCD. Algunas de las acciones que

podría interponer son las siguientes: acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas o la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal.

Por otro lado, y al igual que en el caso anterior, le mencionamos también la responsabilidad civil del empresario puesto que, al no prestarle el servicio sin causa justificada y considerando el contrato válido y eficaz, tiene la obligación de indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos, tal y como lo establece el artículo 1101 del Código Civil, y que podría exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. El derecho a ser indemnizado por los daños o perjuicios causados también viene recogido por el TRLGU en su artículo 8.c, establecido como un derecho básico del consumidor y usuario, y por los artículos 128 y 129 TRLGU, en los casos que se haya causado un daño personal o material. Consideramos que los gastos producidos por el viaje son un daño material y que por lo tanto, debería ser reparado por la empresa.

En síntesis, como consideramos que lo que se pretende es impugnar la lesión de un derecho fundamental, así como denunciar las prácticas comerciales desleales llevadas a cabo por la empresa y reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, le explicamos a la usuaria las opciones de las que dispone.

Inicialmente, conviene plantear la queja o la reclamación ante la empresa o profesional supuestamente responsable. En segundo lugar, si no se ha obtenido un resultado satisfactorio, se puede formular la oportuna reclamación o denuncia ante los servicios de las administraciones públicas (por ejemplo, a través de la Dirección General de Consumo de la Comunidad Autónoma correspondiente o la Oficina de Información del municipio), o a través asociaciones de consumidores. De este modo, se pondrán en marcha los mecanismos de mediación o arbitraje entre consumidor y empresa. El arbitraje de consumo es una forma extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores y usuarios, pero para lo que es necesario que tanto el perjudicado como la empresa estén de acuerdo en llegar a un acuerdo. Esta vía es voluntaria, gratuita, sencilla (sin formalidades especiales, sólo debe constar por escrito, por medios electrónicos o cualquier forma admitida legalmente que permita dejar constancia del acuerdo y aceptación al sistema arbitral de consumo de ambas partes) , rápida (los

expedientes se tramitan en un espacio corto de tiempo: de noventa días naturales desde la fecha en que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para tramitar el procedimiento) y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes. En este punto mencionamos que es importante tener en cuenta que si decide resolver el conflicto mediante esta vía ya no podría acudir a la vía judicial.

En tercer lugar, podría presentarse demanda ante la jurisdicción civil. Al igual que al usuario anterior, le explicamos el procedimiento que debería seguir, así como la posibilidad de solicitar asistencia jurídica gratuita.

Por lo que respecta a la responsabilidad penal derivada de esta actuación por parte de la clínica capilar, en este caso nos encontramos también con una vulneración del artículo 512 de nuestro Código Penal.

En este caso, además de lo explicado al usuario anterior, también hicimos mención a la dificultad de sancionar la negativa de una prestación de carácter privada, puesto que la doctrina ha venido realizando una interpretación restrictiva de este artículo 512. En efecto, ve más sencilla la aplicación del mismo cuando se trata de establecimientos abiertos al público (en los que no se puede recurrir al derecho de admisión en casos discriminatorios, por disposición expresa de muchas normas autonómicas) o de sectores fuertemente controlados por la administración pública (como el caso de los servicios de taxi), lo que tiene además reflejo en la mayoría de las resoluciones judiciales sobre esta materia.

Por lo que respecta a los establecimientos privados, como en el presente caso, nos encontramos con el posible límite de la autonomía privada y la libertad de empresa. No obstante, a juicio del autor Tamarit Sumalla<sup>15</sup>, el artículo 512 admite la posibilidad de sancionar la negativa de una prestación de carácter privada “cuando el sujeto pasivo reúna las condiciones exigidas para la concesión y la misma se le niegue por los motivos citados en el precepto” (motivos discriminatorios), si bien cabe tener en cuenta que la doctrina se muestra reticente a esta posibilidad y los precedentes son escasos. Asimismo, podemos apoyarnos en la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril, que establece explícitamente que los servicios sanitarios privados no pueden ser

---

<sup>15</sup> TAMARIT SUMALLA, J.: “Comentario al art. 512 CP”, en: Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2016, pp. 1992-1995.

discriminatorios, lo que podría ayudar a la usuaria a defender que en este caso tendría derecho al tratamiento capilar si se dieran el resto de las condiciones para contratarlo. Cabe mencionar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre, en la que se condena al propietario de un establecimiento de venta de coches que se negó a vender un vehículo a un portugués, debido a que no quería como clientes a “morenos, moros ni gitanos”. En este caso podemos ver que se trata de un motivo discriminatorio mucho más directo y fácil de probar, pero es un caso en el que se aplicó el artículo 512 en el ámbito de un establecimiento privado.

Por tanto, en caso de que a la usuaria se le denegara el tratamiento capilar por razones discriminatorias basadas en su estado serológico consideramos que resultaría víctima de este delito y podría interponer una denuncia o una querrela. Cabe mencionar que el artículo 512 del Código Penal no es aplicable a las personas jurídicas, por lo que la denuncia o querrela debería dirigirse contra una persona física; es decir, no podría interponerse contra la empresa española, pero sí contra su representante legal, debiendo determinar su grado de participación en el delito. No obstante, la empresa sí que tendría responsabilidad civil derivada del delito, de acuerdo con el artículo 120.4 del Código Penal.

En este punto, le explicamos las ya mencionadas diferencias entre la denuncia y la querrela, así como lo que supondría que se le considerase víctima de este delito: derecho a la información que incluye, entre otros, la información sobre las medidas de asistencia y apoyo disponibles, sobre el procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, sobre las indemnizaciones a las que pueda tener derecho o sobre los recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.

Por último, la usuaria también se mostraba preocupada respecto a la confidencialidad de sus datos. Cuando resolvimos esta consulta, lo hicimos en base a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, que recogía los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Según el Tribunal Constitucional, estos derechos constituyen el haz de facultades que emanan del derecho fundamental a la protección de datos y *“sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que solo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer”* (Sentencia 292/2000).

Teniendo en cuenta lo anterior, le informamos a la usuaria de que podría ejercer el derecho de cancelación requiriendo a la clínica capilar que cancele sus datos y los elimine definitivamente de su fichero. Su ejercicio es personalísimo, por lo que sólo puede solicitarlo la persona interesada, quien deberá dirigirse a la empresa que tiene sus datos, indicando a qué datos se refiere y aportando al efecto la documentación que lo justifique. El responsable del fichero deberá resolver sobre la solicitud de cancelación en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición o ésta sea insatisfactoria, podría interponer la correspondiente reclamación de tutela ante la Agencia Española de Protección de Datos acompañando la documentación acreditativa de haber solicitado la cancelación ante la entidad de que se trate. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas, transcurrido el cual deberá procederse a la cancelación.

En la actualidad, se encuentra en vigor el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que deroga el Reglamento general de protección de datos.

Este Reglamento incorpora derechos adicionales a los mencionados derechos ARCO: el de limitación y el de portabilidad. Además, el derecho de cancelación pasa a llamarse derecho de supresión (e incluye el derecho al olvido). En virtud de éste, el interesado tiene derecho a obtener sin dilación indebida la supresión de los datos si los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos, si retira el consentimiento (que en virtud de la nueva normativa debe ser expreso), si se opone al tratamiento de los datos o si éstos son tratados ilícitamente.

Asimismo, le mencionamos que si llegasen a revelar sus datos podrían incurrir en un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el artículo 197 del Código Penal, agravándose la pena al tratarse de datos de carácter personal que revelan su estado de salud (artículo 197.5). Además, este delito sí que es aplicable a las personas jurídicas, por lo que podría denunciar a la empresa.

## 4. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

Una vez expuestos estos dos casos de discriminación hacia personas con VIH, vamos a analizar la interesante y difícil cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Más concretamente, si el titular de tales derechos está protegido únicamente frente a las injerencias del poder político (eficacia vertical) o también frente a vulneraciones por parte de otros titulares de derechos fundamentales (eficacia horizontal). De igual manera, veremos si el respeto a tales derechos funciona como un límite a la autonomía privada y por tanto como una restricción de la libertad de actuación de los particulares y, por último, analizaremos la legitimidad del Derecho penal como medio para garantizar dicha eficacia.

### 4.1 Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

El Derecho, como producto social y cultural, está determinado por las circunstancias históricas que lo rodean. Tras la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos incorporaron a su sistema de fuentes numerosos y variados derechos, principios y valores jurídicamente garantizados por tribunales constitucionales<sup>16</sup>.

Es precisamente en ese contexto en el que el tribunal constitucional alemán se plantea la reflexión sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares bajo la doctrina conocida según la terminología alemana como *Drittwirkung der Grundrechte*, que trata de determinar si los derechos definidos en la Constitución como fundamentales vinculan no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas en sus relaciones con los demás individuos<sup>17</sup>.

En concreto, este debate se produce con el caso Lüth. El caso comenzó cuando en 1950, H. Lüth, presidente de una agencia de prensa de Hamburgo, instó públicamente a boicotear la última película de Veit Harlam, conocido director de cine

---

<sup>16</sup> INÉS ÁLVAREZ, M.: “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas” en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (dir.): *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*. 2014, p. 223.

<sup>17</sup> VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 148.

alemán que durante el régimen nacionalsocialista había realizado, entre otras, la película *Jud Süß*, manifiestamente antisemita. La productora cinematográfica demandó a H. Lüth, que fue condenado en primera instancia. El juez consideró que su incitación al boicot vulneraba las buenas costumbres y que, por tanto, procedía aplicar el artículo 826 del BGB (Código Civil), en virtud del cual el que dolosamente causa daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres está obligado a repararlo. Esta decisión fue confirmada en sede de apelación, tras lo cual Lüth interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal argumentó que el Tribunal civil no había interpretado el artículo 826 del BGB a la luz de los derechos fundamentales (en este caso en concreto, no había tenido en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión), ignorando que esos derechos, en su dimensión objetiva, se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y también, por tanto, sobre el Derecho privado<sup>18</sup>.

De esta forma, el Tribunal Constitucional alemán reconoce la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, pero lo hace solo de forma indirecta, es decir, como valores objetivos del ordenamiento jurídico que influyen en la interpretación del Derecho privado<sup>19</sup>. Se afirma así la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero se excluye que esos derechos se puedan invocar como derechos de defensa directamente oponibles a otros particulares<sup>20</sup>.

En contraposición con esta teoría se erige la doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Para los defensores de esta postura, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales configuran también un orden de valores o principios objetivos. Estos principios o valores, sin embargo, no se limitan a influir en la interpretación de las normas de Derecho privado, sino que son verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente por su titular no solo frente al Estado sino también frente a los particulares, sin que sea

---

<sup>18</sup> VENEGAS GRAU, M., op cit. 149.

<sup>19</sup> INÉS ÁLVAREZ, M., op cit., p. 224.

<sup>20</sup> VENEGAS GRAU, M., ibídem.

necesaria la intermediación de un órgano estatal<sup>21</sup>. Es decir, la obligación de respetar los derechos por los particulares surge directamente de la Constitución<sup>22</sup>.

En términos muy sencillos, según la primera teoría los derechos obligan directamente a los particulares, mientras que para los partidarios de la segunda esa obligación recae directamente sobre jueces y legisladores y solo indirectamente sobre los particulares. En este sentido, para los primeros los derechos limitan los actos de los particulares y de los poderes públicos de forma directa, si bien, en todo caso, la limitación debe ser respetuosa con otros derechos y bienes en juego (como puede ser la autonomía privada). Por su parte, los partidarios de la teoría indirecta afirman que los derechos fundamentales obligan a los particulares en sus relaciones privadas pero solo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez<sup>23</sup>.

#### **4.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**

En cuanto a nuestro texto constitucional, no existe en el mismo ningún precepto que expresamente afirme la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares pero es indudable que algunas de sus disposiciones carecerían de sentido sin el mencionado efecto.

En primer lugar, cabe recordar el carácter normativo que posee nuestra Constitución, lo que supone no solo su vinculación a los poderes públicos sino también al resto de ciudadanos. En concreto, ello se manifiesta en el artículo 9.1, cuando dispone que *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

De igual manera, existen otros preceptos que nos permiten deducir esta vinculación de los particulares a los derechos fundamentales. En primer lugar, el artículo 1.1, que recoge los valores superiores de España como Estado social y democrático de derecho (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) y los hace

---

<sup>21</sup> INÉS ÁLVAREZ, M., op cit., p. 225.

<sup>22</sup> ANZURE GUIRRA, J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales” *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 22, enero-junio, 2010, p. 19.

<sup>23</sup> VENEGAS GRAU, M., op cit., p. 150.



extensivos a todo el ordenamiento jurídico sin distinción, sin restringirlos al ámbito de actuación de los poderes públicos<sup>24</sup>. Junto a ello, el artículo 10.1 establece como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Por lo que a nuestra jurisprudencia respecta, el Tribunal Constitucional prefirió en un principio no pronunciarse sobre la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, pero posteriormente se ha ido inclinando en favor de dicha tesis.

En este sentido, considera el Tribunal que, si bien el artículo 53.1 expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, ello no excluye otros posibles destinatarios de su mandato ya que *“en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”* (STC 18/1984 de 7 de febrero).

Asimismo, la sentencia 2/1982 estableció: *“ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 CE) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración”*.

Por otro lado, en diferentes fallos se ha aludido de forma expresa a la teoría de la *Drittwirkung*. Así ocurrió en la STC 56/1995, de 6 de marzo, en la que se dijo: *“...alega el Ministerio Fiscal que (...) su acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los derechos fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la tutela debida a tales derechos. Este Tribunal ha reconocido tal posibilidad en numerosas ocasiones, recogiendo lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de Drittwirkung (por todas, SSTC 2/1982 y 18/1984)”*.

---

<sup>24</sup> PECES BARBA, G. Curso de Derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 628.

En cuanto a las relaciones jurídico-privadas, establece el Tribunal que los derechos constitucionales no pueden ser invocados para eludir las obligaciones nacidas de las mismas. De igual manera, tampoco pueden esgrimirse los principios que rigen dichas relaciones para impedir el ejercicio de un derecho o libertad constitucional (STC 14/1993 de 18 de enero) y menos aún pueden considerarse válidas las estipulaciones contractuales que no respeten los derechos constitucionales (STC 19/1985 de 13 de febrero). El Tribunal también ha considerado que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, tal y como lo muestra, por ejemplo, la STC 92/2008, de 19 de agosto.

Aun así, para amparar un derecho fundamental vulnerado por un particular, el Tribunal hace siempre responsable de la violación al órgano judicial que en su momento no tuteló adecuadamente tal derecho. No obstante, aunque procesalmente haya que fundamentar el recurso de amparo de este modo, el fondo del asunto sigue siendo el mismo: en la relación entre particulares que dio origen al litigio debieron ser observados los derechos constitucionales.

Por último, cabe mencionar que, evidentemente, los derechos fundamentales no operan por igual en cualquier relación entre particulares, por lo que cada caso debe ser analizado de acuerdo con sus específicas circunstancias, ponderando los derechos e intereses en conflicto mediante un juicio de razonabilidad<sup>25</sup>.

#### **4.3. El conflicto entre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la autonomía privada**

Quienes se oponen a reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares se apoyan en que la libertad e igualdad garantizadas por la Constitución consagran una autonomía individual de la voluntad que se vería seriamente comprometida con el reconocimiento de dicha eficacia horizontal.

---

<sup>25</sup> VIVAS TESÓN, I. “La Horizontalidad de los Derechos Fundamentales”. Bienes de la Personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2008, pp. 205-213.

Los defensores de esta postura parten de la base de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural, por lo que consideran que en sus relaciones sociales, basadas en la autonomía privada, no puede reconocerse una eficacia de los derechos fundamentales, puesto que ello conllevaría la pérdida de esa supuesta igualdad. No obstante, no podemos obviar que la privilegiada posición de ciertos individuos en el ámbito social o económico anula o por lo menos compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada<sup>26</sup>.

En efecto, no solo los poderes públicos pueden suponer un peligro en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, sino que también personas individuales pueden, en determinadas circunstancias, ostentar una posición dominante frente a otros individuos o colectivos, proveniente de su posición económica o social, que condicione las relaciones jurídicas entre ambas partes<sup>27</sup> como por ejemplo en la posición de empresario y trabajador en clara situación de dependencia económica de él<sup>28</sup>. Es decir, las situaciones de dominación y de subordinación y las violaciones de los derechos fundamentales que de ellas pueden derivarse no son monopolio de la actuación de los poderes públicos sino que, más bien al contrario, muy a menudo proceden de la acción de los sujetos particulares en sus relaciones privadas<sup>29</sup>.

De igual manera, cada vez un mayor número de prestaciones tradicionalmente de carácter público está en la actualidad en manos de poderes privados, lo que cuestiona el planteamiento de que sea el estatuto público o privado de la persona que causa la agresión del derecho fundamental lo que determine la exigibilidad o no de un comportamiento acorde al mismo<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> BASTIDA FREIJEDO, F. J. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, 2004, p. 189.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal*. Bomarzo, 2007, p. 164.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 163.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 164.

<sup>30</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 251.

También debemos tener en cuenta que la Constitución es “*la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*” (STC 9/1981). Con esta interpretación se supera la tradicional separación entre la Constitución y el resto de ramas del Ordenamiento y, en lo que aquí interesa, entre el Derecho constitucional y el Derecho privado. En efecto, las reglas y principios enumerados en la Constitución poseen una capacidad de irradiación que facilita la constitucionalización de todas las ramas del Derecho<sup>31</sup>. Ello quiere decir que, al igual que el resto de ramas, el Derecho civil está sometido al contenido de la Constitución y, en concreto, a lo establecido respecto a los derechos fundamentales, por lo que el Derecho privado también debe ser interpretado conforme a la misma. Así lo estableció la STC 56/1990, de 29 de marzo, que exige la interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales. Esto alcanza también a los contratos, “*que son normas singulares, que tienen fuerza de ley entre las partes, y que regulan relaciones entre particulares*”<sup>32</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y aunque nuestra Constitución considere la autonomía privada como una de las expresiones de la libertad e igualdad garantizadas a los individuos, podemos afirmar que dentro de la misma también deben tener vigencia los derechos fundamentales, entendidos como principios objetivos que sirven de fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE)<sup>33</sup>.

No obstante, debemos matizar también en este punto que la relación entre la autonomía privada y los derechos fundamentales no es una relación de incompatibilidad total sino más bien una relación que puede dar lugar a conflictos similares a los que tienen su origen cuando se enfrentan dos derechos<sup>34</sup>. Es decir, dicha relación debe ser tratada como un problema de límites o de colisiones entre derechos y bienes constitucionales, debiendo por tanto entrar en juego la ponderación. Es preciso delimitar correctamente el contenido del derecho fundamental que se esgrime en cada concreta relación jurídico-privada, en función de la naturaleza del propio derecho y de la relación

---

<sup>31</sup> BILBAO UBILLOS, J.M., op cit, p. 158.

<sup>32</sup> PECES BARBA, G., op cit, p. 625.

<sup>33</sup> BASTIDA FREIJEDO, F. J., op cit, p. 190.

<sup>34</sup> DE ASÍS ROIG, R. Prólogo en VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

de que se trate, pues ambos pueden hacer variar la posición en la que se encuentra el particular y, con ello, la eficacia del derecho fundamental frente a los particulares.

Recordemos los casos expuestos en el capítulo anterior, en los que se producía una colisión entre el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado y la autonomía privada de las empresas. Pues bien, si esas denegaciones de servicios se hubieran producido en el ámbito de la Administración Pública, resultaría casi innegable que efectivamente se produjo una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como su exigibilidad ante la Administración. No obstante, puesto que tales comportamientos se produjeron en el ámbito privado y, además, se trataba de prestaciones que podrían considerarse innecesarias o superfluas por algunos, podría llegar a argumentarse que debe prevalecer el derecho a la autonomía privada de estas dos empresas. Sin embargo, lo verdaderamente relevante en estos casos no es el hecho de que los usuarios no pudieran acceder a esas prestaciones, sino la perpetuación de un rechazo social que sufren, en este caso por el estigma que posee su enfermedad, no solo estos dos usuarios en concreto, sino todo el colectivo de personas con VIH o condiciones de salud similares. Por tanto, en este aspecto el valor social que se pretende proteger prima sobre la autonomía privada, siendo un claro ejemplo de la importancia de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

#### **4.4. Necesidad de la intervención penal**

Una vez afirmada la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, debemos analizar si es tal su relevancia que justifica la intervención del Derecho penal, teniendo en consideración el carácter *ultima ratio* del mismo.

Para ello, vamos a tomar de nuevo como ejemplo los casos expuestos previamente de discriminación a personas con VIH. En ambos casos nos encontramos con un precepto penal, el artículo 512, que sanciona la vulneración de un derecho fundamental, concretamente la denegación discriminatoria de servicios.

Pues bien, la protección de ese derecho a la no discriminación, para ser efectiva, precisa de la intervención en las conductas de los particulares, puesto que es el ámbito donde se produce un mayor número de discriminaciones. Además, es precisamente en

este campo donde los fenómenos discriminatorios son más intensos y difíciles de detectar y corregir<sup>35</sup>.

Así pues, para garantizar el derecho a la no discriminación el Estado debe prohibir esas conductas de los particulares puesto que, frente al mandato de igualdad, cuyos destinatarios son los poderes públicos, la prohibición de discriminación tiene un mayor ámbito de aplicación, que se extiende a las relaciones privadas<sup>36</sup>. En este sentido, el Estado ostenta un doble deber. En primer lugar, debe evitar cualquier tipo de actuación o manifestación discriminatoria proveniente de los poderes públicos, pero también debe prevenir las actitudes discriminatorias que alteran y dificultan la convivencia social<sup>37</sup>. Esta obligación proviene del mandato constitucional recogido en el artículo 9.2 de la Constitución que, como hemos visto, impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. De no ser así, esto es, de limitarse a una actuación pasiva, el Estado también estaría discriminando al tolerar pasivamente la existencia de discriminaciones, aunque no fuesen originadas por él.<sup>38</sup>

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, como ya hemos mencionado, los comportamientos discriminatorios por parte de particulares atentan contra el derecho a la no discriminación, no solo en su dimensión individual sino también en la colectiva; la conducta discriminatoria supone la lesión del derecho de la persona a no ser discriminada, pero también afecta a la dimensión colectiva del bien jurídico, puesto que la suma de cada una de estas actuaciones contribuye eficazmente a la consolidación de la situación de exclusión y diferenciación del colectivo que la sufre<sup>39</sup>.

En efecto, cada trato diferenciado de naturaleza discriminatoria supone la constatación de la distinción entre los diversos grupos sociales, la inferioridad de unos colectivos respecto a otros, la marginación de unos sujetos en relación al resto por el único motivo de presentar unas diferencias fundadas en causas personales y/o sociales. Por lo tanto, puesto que su resultado produce una negación o condicionamiento en el

---

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T. Igualdad y discriminación. Tecnos, Madrid, 1986, p. 158.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 133.

<sup>37</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería. Valencia, 1998., p. 14.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T. op cit, p. 159.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 134.

ejercicio y disfrute de los derechos, la discriminación no es solo una diferenciación social sino que también supone una diferenciación de trato jurídico<sup>40</sup>. De este modo, se justifica la intervención del Estado en el ámbito privado, con el fin de garantizar de manera efectiva el derecho fundamental a la no discriminación.

Dicha actuación estatal puede realizarse a través de diferentes mecanismos, graduados en base a la gravedad de las conductas que se pretenden evitar. Así, deben tomarse tanto medidas positivas de educación y concienciación como mecanismos jurídicos que mediante la sanción eviten la actuación discriminatoria de los particulares. Medidas de este tipo se contemplan en la legislación laboral o administrativa pero, a pesar de la existencia de tales instrumentos, en ocasiones debe acudir al Derecho penal debido a la gravedad de las conductas discriminatorias, puesto que suponen la lesión de la dignidad y el impedimento al acceso a la vida social en igualdad de condiciones a una serie de individuos que, como hemos dicho, se encuentran en una situación de inferioridad por su mera pertenencia a un grupo concreto. Por tanto, junto a esa política de prevención de conductas discriminatorias a través de instrumentos no sancionadores, la utilización del Derecho penal se encuentra legitimada en el caso de agresiones contra determinados colectivos que atentan contra bienes jurídicos fundamentales<sup>41</sup>.

En efecto, mediante los delitos de discriminación, el legislador interviene en la actuación de los particulares, exigiéndoles el respeto a los derechos fundamentales. No obstante, solamente ha sido en este ámbito en el que se ha cuestionado la legitimidad de estos mecanismos, aludiendo a la posible vulneración de principios como el que ya hemos analizado de la autonomía privada.

No obstante, considerando lo ya expuesto respecto a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, podemos afirmar que solo si se garantiza el ejercicio de esos derechos en condiciones de igualdad y, por consiguiente, solo si se articulan los mecanismos necesarios para evitar la vulneración de los mismos también en el ámbito privado, solo entonces podrá afirmarse la efectividad de tales derechos. Para ello, el legislador opta por la vía penal para la tipificación de determinadas conductas de discriminación para extender, por medio de una ley, la

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 134.

<sup>41</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería, p. 16.

exigencia de los derechos fundamentales a los particulares, al igual que lo hace cuando tipifica la conducta de homicidio, extendiendo el respeto del artículo 15 de la Constitución o mediante el delito de injurias y calumnias, basado en el artículo 18<sup>42</sup>.

En síntesis, consideramos justificada la intervención penal para la sanción de este tipo de conductas dado que la exigencia del respeto a los derechos fundamentales en las relaciones privadas resulta esencial para la vida social. En efecto, las vulneraciones de estos derechos trascienden al interés individual y son estos mecanismos de protección en general y la regulación penal en concreto los que verdaderamente afirman la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

---

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., op cit., p. 135.



## 5. Conclusión

En primer lugar, mediante el presente trabajo hemos podido destacar la función social de las Clínicas Legales en general y de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá en particular. En efecto, ésta cumple no solo un papel docente sino que efectúa una gran labor social al ofrecer asesoramiento legal a quien lo necesite, a la vez que ayuda a la visibilización de determinados colectivos.

En concreto, hemos visto que las personas con VIH siguen sufriendo hoy en día situaciones de discriminación, causadas, como en el caso de otros grupos marginados, a partir de un prejuicio social. En efecto, en las relaciones privadas existen muchas situaciones de desigualdad, de predominio de unos sujetos sobre otros más débiles, lo que convierte estas relaciones en análogas a las del poder público.

Estas situaciones de desigualdad desmienten el mito de la libertad e igualdad naturales en el que se asienta la defensa de la prevalencia de la autonomía privada y suponen la necesidad del reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En efecto, la superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable la existencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

No obstante, la capacidad de penetración de estos derechos en las relaciones privadas, y la consiguiente privación de la autonomía de la voluntad, debe ser proporcional a la asimetría entre ambas partes, por lo que la concreta eficacia que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dependerá de cada derecho y de cada relación.

Por último, podemos concluir que, para corregir o al menos compensar esa desigualdad de determinados colectivos, el Estado debe abandonar la posición pasiva de mero observador para intervenir activamente a través de la formulación de determinadas políticas sociales, económicas o jurídicas de carácter corrector que persigan la consecución de la igualdad, resultando en algunos casos necesaria la intervención del Derecho penal.

## Bibliografía

1. ALFARO, J.: *Drittwirkung en el Derecho Europeo*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/drittwirkung-en-el-derecho-europeo/>
2. ÁLVAREZ, A., “La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho”, en *Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, ITAM, CLIP, México, 2007.
3. ANZURE GUIRRA, J.: “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 22, enero-junio, 2010.
4. ATIENZA, S.: *Clínicas Jurídicas en EEUU, ¿un modelo para España?* 6 de marzo de 2017. Disponible en: <https://hayderecho.com/2017/03/06/clinicas-juridicas-en-eeuu-un-modelo-para-espana/>
5. BASTIDA FREIJEDO, F. J. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, 2004.
6. BATLLÉ, R. *El aprendizaje-servicio en España: el contagio de una revolución pedagógica necesaria*. Madrid, PPC, 2013.
7. BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
8. BLÁZQUEZ MARTÍN, D. et al.: *Guía sobre cómo crear, organizar gestionar y conducir una clínica jurídica en una facultad de derecho*
9. BLÁZQUEZ MARTÍN, D., “La educación jurídica clínica en el contexto del “proceso de Bologna”: su aplicabilidad en España”, en *Opinión Jurídica, Universidad de Medellín*, vol.5, núm. 10, Colombia, 2006, pp. 162-163.
10. BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: *Apuntes acerca de la educación jurídica clínica*.
11. FORNASIER, M.: “The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?” en *European Review of Private Law*, Vol. 23, No. 1, pp. 29-46, 2015.
12. GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid, 2018.

13. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Valencia, 1998.
14. INÉS ÁLVAREZ, M.: “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas” en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (dir.): *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*. 2014.
15. LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: *La discriminación de personas con discapacidad y otros colectivos vulnerables en la contratación entre particulares*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2018.
16. LONDOÑO TORO, B.: “Los cambios que requieren las Clínicas Jurídicas Iberoamericanas, Estudio de caso en seis países de la región”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 146.
17. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J.: “La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, pp. 583-608.
18. MUGARRA ELORRIAGA, A. Y MARTINEZ DE BRINGAS, A.: “La Clínica Jurídica Loiola: Un Proyecto De Lucha Por La Justicia Social”, en *Oñati Socio-Legal Series*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3163676>
19. PECES BARBA, G. *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
20. RAMIRO AVILES, M. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: “El acceso a la justicia por las personas con VIH: la experiencia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá como aprendizaje-servicio”, en *Oñati Socio-Legal Series*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3193833>
21. RAMIRO AVILES, M. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *Discriminación por razón del VIH: los casos de la Clínica Legal en 2015*. Disponible en: [http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal\\_informeCasosDiscriminacionVIH2015.pdf](http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_informeCasosDiscriminacionVIH2015.pdf)
22. RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *El Aprendizaje – Servicio en Derecho: la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*.

23. RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal*. Bomarzo, 2007.
24. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T. *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986.
25. S. BLOCH, F.: *El movimiento global de clínicas jurídicas: formando juristas en la justicia social*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
26. TAMARIT SUMALLA, J.: “Comentario al art. 512 CP”, en: Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2016.
27. VALADÉS, D. “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 12. 2011 (439-470)*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
28. VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
29. VENEGAS GRAU, M.: *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*”, Madrid, 2004.
30. VILLANUEVA TURNES, A. (coord.): *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales*. 2017.
31. VIVAS TESÓN, I. “La Horizontalidad de los Derechos Fundamentales”, en *Bienes de la Personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2008.
32. WINKLER, E.: *Clinical Legal Education. A report on the concept of law clinics*. Disponible en: [https://law.handels.gu.se/digitalAssets/1500/1500268\\_law-clinic-rapport.pdf](https://law.handels.gu.se/digitalAssets/1500/1500268_law-clinic-rapport.pdf).
33. WITKER, J.: “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico” en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 5, número 10, ISSN 166-4154.