

■ Prólogo

Cuando a alguien que acabo de conocer le digo que me dedico al Derecho constitucional, lo primero que suele responder es que «ahora estoy de moda», pero esto me pasa en estos días con la ley de amnistía, antes con el estado de alarma, antes con la (no) renovación de los órganos constitucionales, antes con el referéndum de Cataluña, y así sucesivamente hacia atrás. En realidad, la Constitución no solo está en los grandes debates políticos: está o debería estar en muchos más sitios, (casi) en todas partes, y es lógico que así sea, pues, si nos la tomamos realmente en serio, es la vía más segura y razonable, dentro o fuera de los tribunales, para lograr esa justicia tan difícil de conseguir en un mundo, este y el de ayer, tan plagado de restricciones y omisiones que afectan y hacen más difícil la vida diaria de los ciudadanos de a pie. María del Val Bolívar representa muy bien a una nueva generación de constitucionalistas con sensibilidad social, que utiliza la Constitución como instrumento de análisis y respuesta a los problemas reales y actuales de la gente corriente, en especial de los más débiles, hayan llegado o no estos problemas al Tribunal Constitucional, pues desde la reforma legal que «objetivó» el amparo, queda todavía más claro que no cabe esperar de este órgano la garantía real y efectiva de nuestros derechos fundamentales. En todo caso, las dos figuras estudiadas con más detalle en este libro, la libertad de empresa y el derecho a la salud, no tienen acceso

ciudadano directo al Tribunal Constitucional. La Constitución está para lograr la integración social, y si continuamos ninguneando a los derechos sociales (que no pueden entenderse sin su contraste con los derechos económicos), nuestra profesión de constitucionalistas está abocada a su inutilidad.

Una dogmática jurídica mínima (también la dogmática constitucional) tiene que hacer cuatro cosas: descripción del Derecho vigente, conceptualización, sistematización e interpretación. La interpretación comienza con la descripción de la realizada por los órganos autoritativos, pero no se queda ahí. Una dogmática jurídica exigente incluye la crítica de las interpretaciones autoritativas (el Tribunal Constitucional dice la última palabra sobre la Constitución, pero nunca puede ser la única) y la propuesta en su caso de interpretaciones alternativas; una vez agotadas las posibles atribuciones de significado al texto vigente, debe salir de la dogmática y trasladarse al ámbito de la política constitucional. Además, una buena dogmática incluye: a) tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución; b) abrir los ojos al exterior; c) explicitar las valoraciones y fundamentarlas mejor; d) atender a la realidad social; e) mejorar las propuestas de reforma del Derecho; f) utilizar más la teoría del Derecho y especialmente la teoría constitucional, pero no la clásica (que también vale), sino otra adaptada a la realidad presente, bien distinta al ya lejano Weimar. Estas seis líneas de trabajo, todas interrelacionadas, son bien tenidas en cuenta a lo largo de esta investigación. Solo destacaré algunas: la famosa «irradiación» de la Constitución sobre el Derecho privado sigue sin cumplirse mucho, y la misma autora es todavía percibida por bastantes (yo he sido testigo) como «rara avis», pues todavía (¡cuarenta y cinco años después!) sigue pareciendo extraño que nuestra norma suprema quiera «descender» nada menos que al Derecho de seguros, un campo hasta ahora escasamente «irradiado» por los valores y derechos constitucionales. Donde hay poder (y nadie discute que las compañías de seguros lo tienen), hay Derecho constitucional, no sea que cuando hayamos logrado perfeccionar las técnicas de control del poder político, resulte que nos percatemos de que tan loable esfuerzo sirvió de poco a la ciudadanía, pues el poder estaba en otra parte...

Sobre la apertura al exterior, en este libro no se incluyen, por razones de espacio, las comparaciones de la autora con otros sistemas jurídicos (que sí realizó, y con provecho, en su tesis), pero sí forma parte esencial de la obra la inserción de nuestro Derecho en las coordenadas internacionales. Se trata de la perspectiva que mejor está funcionando en nuestra actual dogmática, sobre todo en materia de derechos, y afortunadamente el Derecho constitucional se expande hoy de forma natural hacia el Derecho internacional, aunque todavía nos queda mucho camino por andar: véanse, si no, las reticencias de la doctrina más conservadora al incipiente control de convencionalidad de las leyes. La autora estudia y analiza en profundidad los lineamientos del Derecho internacional universal, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, y resulta cada vez más frecuente que la doctrina (y la ciudadanía también) vaya a encontrar fuera las respuestas que no logra en nuestro país. Por fortuna, allende nuestras fronteras va ganando creciente respeto el trabajo sostenido de personas más cualificadas e independientes que nuestros altos intérpretes nacionales, y esa misma doctrina conservadora se vuelve a poner en guardia; por ejemplo, un inexplicable *obiter dicta* del Tribunal Constitucional afirma: «es claro que tales preceptos [se refiere a los arts. 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC] no reconocen un derecho subjetivo exigible, sino que configuran un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas públicas» (STC 32/2019): será claro para ellos, pues la dogmática más solvente afirma desde hace muchos años que los tratados internacionales son vinculantes y reconocen derechos subjetivos accionables a nivel interno.

La primera condición para realizar una buena investigación es seleccionar un problema real, actual y no resuelto. La profesora Bolívar comienza su libro exponiéndolo con precisión, sobre datos empíricos y sobre su propia experiencia personal. Como bien señala al comienzo: «es necesario realizar un estudio integral que parta de la experiencia real, pues existen cuestiones que pueden plantearse de manera teórica, pero que tienen escaso recorrido en la práctica». Da igual que pueda parecer demasiado concreto y específico, lo importante es que el problema exista (¡cuántas in-

vestigaciones encontramos sobre pseudoproblemas!) y saber buscar su solución, y esto es importante al inicio de una andadura académica, para replantear de paso las grandes cuestiones generales, o alguna de ellas, pues como hace ahora treinta años escribió mi maestro, precisamente en el prólogo a mi tesis doctoral, publicada en esta misma editorial, no es posible avanzar en el análisis de los derechos concretos sin una previa dogmática general que le sirva de sustento. Pero una teoría de verdad, aunque sea a fragmentos, no puede ser solo jurídica (sería entonces una «parte general», ésta por cierto también pendiente de un buen desarrollo entre nosotros). Acabo de leer del sociólogo francés Edgar Morin lo siguiente (referido a la enseñanza, pero con mayor motivo aplicable a la investigación, que es el pórtico de la enseñanza), que no me resisto a citar, y es que quien solo lee de Derecho, no se entera de nada: «Debemos pensar la enseñanza a partir de la consideración de los efectos cada vez más graves de la hiperespecialización de los saberes y de la incapacidad para articularlos unos con otros. La hiperespecialización impide ver lo global (que queda fragmentado en parcelas) así como lo esencial (que queda disuelto). Ahora bien, los problemas esenciales no son nunca parcelas separadas y los problemas globales cada vez son más esenciales. Perdemos la aptitud de globalizar, es decir, de introducir los conocimientos en un conjunto más o menos organizado. Pero las condiciones de todo conocimiento pertinente son justamente la contextualización y la globalización».

A los cuarenta y cinco años de vigencia de la norma suprema, nuestra dogmática de los derechos fundamentales (que es el campo temático donde se inscribe este libro) continúa en construcción, bastante ajena a la realidad social (aquí el estudio de las Defensorías del Pueblo, otro gran tema por escribir, puede contribuir mucho al tan necesario Derecho constitucional «desde abajo», a esa pendiente «Constitución de los débiles», defendida entre nosotros por Carlos de Cabo), y María del Val Bolívar aporta también un importante grano de arena (la ciencia se hace colectivamente) a esa construcción. Veamos cuáles son los temas de fondo que se encuentran tras su tesis, aparentemente ocultos, pero orientados de forma correcta y muy bien traídos a cuento. Es verdad que hay

un cierto debate doctrinal previo y algunas posturas enfrentadas, pero no todas valen lo mismo, y la manera de defender jurídicamente, si no la «única respuesta correcta», al menos la mejor respuesta, es asentarla en la utilización conjunta de la interpretación sistemática y finalista de la Constitución, fundada en una concepción bien argumentada de los valores superiores de nuestro ordenamiento. Veamos:

a) Los derechos se fundamentan en los valores, que son dos, la dignidad y la libertad. En esto no hay diferencia sustancial entre unos derechos y otros, y aquí podemos tomar nota del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que significa que todos los derechos son igualmente importantes. Dignidad significa no instrumentalización de la persona. Libertad significa capacidad real de opción de alternativas vitales (aunque no todas lo son), e incluye como necesario presupuesto un mínimo de condiciones materiales de existencia. Una persona a quien se excluye de la contratación de un seguro es utilizada como medio para el enriquecimiento de otros o, más correctamente, para evitar el riesgo de que esos otros puedan perder dinero. Una persona a quien no puede garantizarse la protección de su salud es menos libre que las demás, pues ante el riesgo de sufrir o no poder protegerse frente a enfermedades graves, ve muy limitada su capacidad de opción. Una persona jurídica (que, por cierto, carece de dignidad) a quien se limita mínimamente la posibilidad de ganar más dinero no ve afectada su libertad. Como se advierte, no es que la libertad de empresa sea menos importante que el derecho a la salud, lo que sucede es que el contenido constitucional de la primera tiene que ser delimitado correctamente.

b) La igualdad es un valor vacío (depende de lo que consideremos en cada caso como término de comparación y como diferencia de trato no razonable) y por tanto no puede servir por sí sola como fundamento de los derechos. Juega más bien como mandato de universalidad, otro principio que nos viene de los derechos humanos. Nuestra fórmula constitucional puede sintetizarse así: «libertad real e igual para todos», y se refleja bien en el artículo 9.2 CE. No soy partidario del uso del término «igualdad material», por su ambigüedad. Aunque lo entendiéramos como

igualdad en las condiciones (económicas) de vida o en los resultados, para mí está claro que no puede ser un objetivo constitucional como tal (obligatorio), si acaso una posibilidad a desarrollar parcialmente desde unas concretas opciones políticas. Creo que cabe, sin embargo, como mandato en principio obligatorio, un derecho (subjetivo o, con mayor normalidad, meramente objetivo) a la diferenciación, es decir, a que situaciones diferentes sean tratadas de modo diferente, algo tan viejo al menos como Aristóteles. Nuestro Tribunal Constitucional niega que exista ese derecho, pero se contradice cuando proscribe, y nada menos que frente al legislador, la llamada discriminación indirecta, así como cuando, en un caso de momento aislado (STC 51/2021), impone ajustes razonables, precisamente a favor de las personas con discapacidad.

c) La vulnerabilidad es un hecho de la realidad, que debe ser demostrado. Si identificamos grupos con presunción *iuris et de iure* de vulnerabilidad, el remedio es peor que la enfermedad, pues atacamos la igualdad de todos en el ejercicio de sus derechos. Es cierto que el dogma liberal de la universalidad se reveló en la práctica engañoso, pero tampoco podemos irnos al otro extremo. A mi juicio, solo existen dos grupos objetivamente vulnerables (por causas naturales, pues las culturales son contingentes), los niños y las personas con discapacidad. Aunque no discriminación y protección de la vulnerabilidad son círculos secantes y la igualdad (en los términos ya mencionados, no igualdad material, sino derecho a la diferenciación) puede servir como apoyo complementario, no hace falta crear nuevos derechos para estas personas: se trata de los mismos derechos, fundados en la dignidad o en la libertad, pero con cláusulas añadidas, para que tales derechos puedan ser disfrutados por todos. Veamos el caso más claro: los ajustes razonables sirven, por ejemplo, para que la libertad de circulación pueda ser disfrutada por las personas con discapacidad física, aunque ello exija ampliar parcialmente dicha libertad, de derecho defensivo a derecho prestacional.

d) La obligación de los privados (especialmente de quienes ostentan poder social) de respeto a los derechos fundamentales se traduce en sanciones por incumplimiento de dicha obligación, y las sanciones (en sentido amplio) juegan en dos ámbitos: el

Derecho penal y sancionador, donde se exige la reserva de ley formal (art. 25.1 CE), luego aquí la eficacia de la Constitución es indirecta, y el Derecho privado, que «sanciona» con las reparaciones e indemnizaciones típicas de la legislación civil. Aquí vale la eficacia directa de la Constitución en las relaciones privadas, y en todo caso el Código civil, el Estatuto de los Trabajadores y la legislación de consumo cuentan con sobradas cláusulas generales; por tanto, no hace falta darle tantas vueltas al tema de la eficacia directa-indirecta, y más después de la reciente Ley 15/2022.

La doctrina general es importante, pues esta siempre queda en cualquier trabajo de investigación. Si nos limitamos a la mera revisión del Derecho vigente, corremos el riesgo de hacer cierto el famoso dicho: «tres palabras del legislador convierten centenares de libros de Derecho en basura». El análisis del Derecho vigente es ante todo interpretación, y no hay interpretación sin teoría. Aunque hay una doctrina minoritaria en contra, más bien desde la filosofía del Derecho, no podemos renunciar al modelo «canónico» de control de las intervenciones (en síntesis, previsión legal-justificación-proporcionalidad), pues está consolidado en la jurisprudencia, también comparada, y es el único que hoy por hoy nos permite razonablemente evitar el decisionismo y tomarnos realmente en serio los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional se lo salta cuando quiere (véase, entre otros, el clamoroso y lamentable ejemplo de la STC 78/2023), pero la doctrina debe insistir en él, como último intento de evitar precisamente que la interpretación autoritativa sea la última. En la obra, la interpretación se concentra en la aparente antinomia entre el artículo 25 e) de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (ratificada en 2006), que es Derecho español («Los Estados Partes [...] Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable»), y la disposición adicional cuarta (introducida en 2011) de la Ley del contrato de seguro, según la cual «No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la

contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente». La ley española introduce una excepción sobre la cláusula general de la Convención, que puede dar lugar a abusos y a que haya que pleitear caso a caso, quedando la vulneración estructural (otro concepto novedoso y necesario para nuestra dogmática) sin solución a corto plazo. Para evitar este problema, la autora propone dos alternativas: una interpretativa y otra de reforma legislativa. Me quedo mejor con la interpretativa: esas causas «justificadas, proporcionadas y razonables» se asientan en la libertad de contratación y más exactamente en la libertad de empresa, pero éste no es un derecho, como se apuntó antes, cuyo contenido pueda ser delimitado al margen o más allá de la libertad de sus titulares rectamente entendida. Es verdad que la ponderación está mal consolidada (en general y en este caso), y puede depender bastante de cada juez, pero la profesora Bolívar ofrece buenas pautas para la motivación de la mejor respuesta al conflicto, en una suerte de control de convencionalidad de la ley: resulta proporcionado exigir a las empresas de seguros un sistema de «inscripción abierta». El tiempo nos dirá si esta opción interpretativa será la habitualmente seguida, y si no llega a serlo, no habrá más remedio que seguir insistiendo en la reforma legal.

En definitiva, nos encontramos ante una obra importante, bien asentada en una buena dogmática general, que argumenta de manera impecable la solución a un problema real y actual, y que se incardina en tan necesaria tendencia a insertar nuestro Derecho constitucional en las relaciones privadas y en la protección a las personas en situación de vulnerabilidad. Toda una esperanza de relevo generacional, en la búsqueda de una nueva revitalización de nuestra disciplina.

Palencia, últimos días de diciembre de 2023

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
Catedrático de Derecho constitucional

■ Introducción

1. Observaciones Preliminares

Para el año 2014, la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (en adelante CL-UAH) ya había detectado que las personas con condiciones preexistentes de salud enfrentan barreras en el acceso a los seguros privados. En base a esta experiencia, se planteó la necesidad de responder a la pregunta de si existe un derecho de acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros de salud privados en el marco del ordenamiento jurídico multinivel español.

Así pues, este trabajo da comienzo con un capítulo introductorio dividido en cinco apartados que siguen a estas observaciones preliminares. El primero está integrado por el contexto fáctico de la investigación y en él se aporta información general y específica sobre la CL-UAH y las consultas resueltas en esta sede. En el segundo se desarrolla el marco teórico de la monografía, donde se empieza abordando la realidad del VIH dentro del modelo social de la discapacidad y se termina con una revisión del estado de la cuestión y la contribución al conocimiento. Con esa base, el tercero introduce la pregunta general de la investigación y las sub-preguntas que la integran. El cuarto profundiza en la metodología de la investigación y el quinto se adentra en las limitaciones que presenta el presente trabajo y aporta aquellas

aclaraciones que se consideran necesarias para un mejor entendimiento de éste.

2. Contexto fáctico de la investigación

Se estima que en España existen en torno a 150.000 personas con VIH y 3.100 nuevas infecciones de las cuales el 84% estaría recibiendo terapia antirretroviral¹ (en adelante ART). Es posible teorizar sobre las barreras que éstas encuentran en el acceso a los seguros de salud privados porque existen contribuciones en la materia. Sin embargo, como se pondrá de relieve más adelante, las aportaciones existentes no suelen tener España como objeto de estudio y, si lo hacen, es de una manera breve, sin adoptar un enfoque constitucional y sin tener en cuenta la experiencia de los usuarios. Tomando en consideración este hecho, la presente monografía parte de las consultas a las que he sido asignada en la CL-UAH en materia de VIH y seguros entre los años 2015 y 2019 para responder a la pregunta ¿existe un derecho de acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros de salud privados? Sobre esto, es crucial resaltar que esta investigación fáctica no hubiese sido posible sin los convenios de colaboración que ligan a la CL-UAH y a CESIDA, la coordinadora estatal de VIH y Sida².

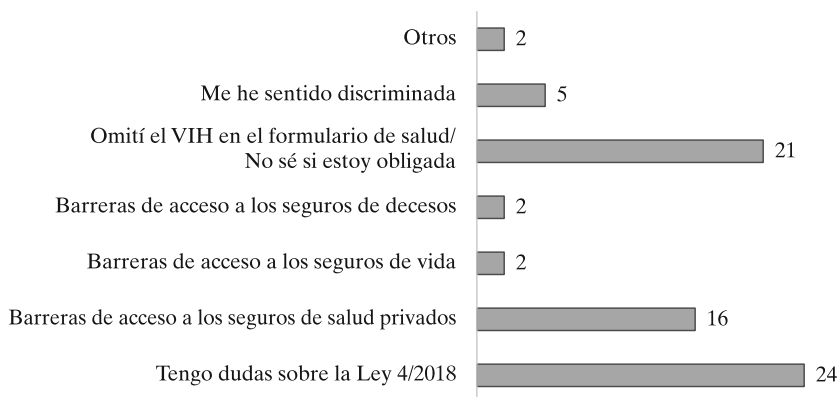
Durante el período de estudio (2015-2019), se han recibido 80 consultas en materia de VIH y seguros, 50 de las cuales se han producido después de la aprobación de la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

¹ ONUSIDA, «Datos España», <<https://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/spain>>, consultado 15/01/2023.

² El proyecto que une a ambas se denomina «Programa de Clínica Legal: erradicación de las desigualdades en salud relacionadas con el VIH y el Sida». En este proyecto también participa la Universidad de Valencia. Nótese también que en el año 2021 se ha firmado un Convenio entre el Ministerio de Sanidad, CESIDA y la UAH. En este marco la CL-UAH elaborará actividades para promover la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con el VIH.

complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante Ley 4/2018). En el siguiente gráfico, se muestran las consultas recibidas divididas por área temática³:

Consultas divididas en función de la temática



Una consulta que ejemplifica la existencia de confusiones en torno a la Ley 4/2018 es la siguiente:

«Esta consulta ha sido planteada por un usuario que quiere conocer por qué si la Disposición Final Segunda la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre dice que “será de aplicación a las cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que se suscri-

³ Por si el lector no pudiese apreciar los datos en la tabla, estos son los siguientes: (Otros =2; Me he sentido discriminada =5; Omití el VIH en el formulario de salud/No sé si estoy obligado=21; Barreras de acceso a los seguros de decesos=2; Barreras de acceso a los seguros de vida=2; Barreras de acceso a los seguros de salud privados =16; Tengo dudas sobre la Ley 4/2018 =24). Nótese que una consulta puede contener varias preguntas.

ban o que, ya suscritos, sean aplicables” las aseguradoras están cancelando por fraude las pólizas de aquellos asegurados que no comunicaron que tenían el VIH de manera previa a la contratación del seguro»⁴.

Esta cuestión parte del Preámbulo de la citada ley, ya que alude a que la obligación de declarar en el formulario de salud acrecienta el estigma, pero sin anudarse modificación normativa alguna. Esto implica la plena vigencia del artículo 10 Ley 50/1980, del Contrato de Seguro que fija la posibilidad de rescindir e incluso liberarse del pago de la prestación convenida en caso de que se hayan producido omisiones e inexactitudes en el citado documento. Por lo tanto, la disposición final segunda de la Ley 4/2018 sobre su entrada en vigor en nada afecta a la comunicación previa.

La desagregación temática también nos aporta otra valiosa información: que la demanda de seguros de salud y las consiguientes barreras que tienen que enfrentar las PVIH en este proceso son reales; que algunas personas usuarias se han sentido discriminadas en el contexto de la relación aseguradora y que se albergan grandes dudas sobre si se debe declarar el VIH en el formulario de salud previo a la contratación del seguro.

Respecto a la primera temática, una consulta recibida en la CL-UAH, y que puede considerarse recoge las características más comunes de éstas en cuanto a rechazo en la contratación de un seguro de salud por razón de VIH, es la siguiente:

«La consulta ha sido planteada por una persona, enfermero de profesión, y diagnosticada del VIH desde el año 2009. Relata que

⁴ Cabe destacar que cuando se hace referencia a consultas no se exponen como se recibieron en la CL-UAH porque éstas pueden contener datos personales o contingentes desde un punto de vista legal. Por lo tanto, cuando se utiliza el término «consulta» se refleja el resumen del problema planteado que ha sido realizado para incluir en cada una de las fichas que se proporcionan al usuario en respuesta. Además, para ser fiel a la investigación los resúmenes se muestran inalterados y sin las mejoras de redacción que estos años de formación doctoral me habrían permitido acometer.

se encuentra en tratamiento antirretroviral y que sus resultados médicos son muy positivos. Su carga viral es indetectable desde hace varios años y sus defensas se encuentran en un nivel óptimo. Sin embargo, comenta que, como cualquier otra persona, le gustaría contar con un seguro médico privado para otras patologías ajenas al VIH (catarros, visitas al fisioterapeuta, dolor de espalda, etc.). Ha intentado llevarlo a cabo probando con una aseguradora y, tras el cuestionario médico en el que no le pidieron ningún informe, le rechazaron por ser colectivo de riesgo. Posteriormente, lo intentó con otra compañía de la que había tenido noticia, la cual ofrecía cobertura para el Sida, por lo que pensó que aquello significaba que aceptarían a personas que viven con el VIH. No obstante, tras un cuestionario médico que tuvo que cumplimentar, le volvieron a rechazar a través de una carta. Así pues, se pregunta hasta qué punto esto es legal si ni siquiera han pedido informes médicos, valoración oficial o análisis. Señala que hoy en día las personas con VIH pueden llevar una vida completamente normal y llegar a la vejez sin problemas. Por este motivo, se pregunta si puede reclamar esta situación y si no podrá nunca tener un seguro médico privado».

No obstante, también existen casos donde la barrera no aparece en forma de rechazo, sino que se presenta a través del establecimiento de condiciones más onerosas. Una consulta que ejemplifica este tipo de barreras es la siguiente:

«Esta consulta ha sido planteada por una persona que inició los trámites para la contratación de un seguro de salud privado. Cuando contestó en el formulario de salud que tenía el VIH la compañía procedió a pedir sus informes médicos. En estos se manifiesta lo siguiente: VIH desde 1999, en tratamiento desde 2005, carga viral indetectable, ninguna enfermedad pasada o presente asociada al VIH y analíticas actuales dentro de la normalidad. Una vez recibidos y procesados, la compañía ofrece el seguro con una cláusula de exclusión de patologías asociadas al VIH y un recargo del 50% sobre la prima inicial de 92 €. No obstante, cuando recibe la propuesta la prima a pagar es de

209 €. Por esto, decide intentar contratar con otra compañía, pero ésta procedió a rechazar la contratación. Ante esta situación, se pregunta si las actuaciones de las compañías aseguradoras son acordes a derecho».

Estas denegaciones van más allá de una simple cobertura complementaria o suplementaria del Sistema Nacional de Salud; por ejemplo, en los casos de migrantes ya sean de la UE o no, pues el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, exige como requisito común para la obtención del permiso de residencia en España contar con un seguro público o privado de enfermedad con cobertura equivalente a la proporcionada por el SNS. En este caso, los seguros se presentan como la única alternativa para proteger su salud y obtener el permiso. Esta cuestión es especialmente grave para el caso de los estudiantes extracomunitarios pues, si son rechazados en la contratación de un seguro de salud por declarar el VIH, no podrán estudiar en España y, si ocultan esta circunstancia o realizan un acuerdo especial con la administración pública para tener derecho a la asistencia sanitaria pública, se concederá el visado de estudios pero, no podrán acceder a la terapia antirretroviral en España durante su estancia. A continuación, se plasman dos supuestos: de una persona ciudadana de la UE y de una persona ciudadana de un territorio no perteneciente a la UE:

«Esta consulta ha sido planteada por una usuaria cuyo esposo es ciudadano de la Unión Europea y quiere establecerse de manera permanente en España, por lo que necesita pedir el permiso de residencia. Tienen toda la documentación requerida pero no consiguen contratar un seguro de salud privado porque tiene VIH. Por ello, se preguntan qué pueden hacer para cumplir los requisitos».

«Esta consulta ha sido planteada por un usuario que ha intentado contratar un seguro de salud con dos aseguradoras para

renovar la tarjeta de identidad de extranjero y ambas han decidido no proceder a la oferta de este producto porque tiene VIH. En una de las compañías alegan que a la vista de las respuestas del cuestionario de salud las reducciones que tendrían que hacer en el producto serían tan amplias que no sería viable su contratación, pero se niegan a recibir informes médicos acreditativos de la ausencia de complicaciones relacionadas con la presencia del VIH. En la otra muestran su conformidad a la recepción de esos informes, pero nunca vuelven a contactar».

Como se mencionará más adelante, las mayores barreras a las que se enfrentan las PVIH son las actitudinales, el estigma⁵ asociado al virus. Concepciones erróneas como una esperanza de vida muy corta o la facilidad de transmisión de la infección dificultan el acceso a los servicios, entre los que se encuentran los seguros de salud privados. Podría pensarse que, debido a las bondades del Sistema Nacional de Salud, la negativa a contratar un seguro de salud privado no afecta a la integridad psíquica y moral de los interesados. Sin embargo, no parece que esa falta de afectación sea lo que se trasmite a la CL-UAH. Para aportar claridad a este extremo, a continuación, se expone una selección de frases extraídas de las consultas recibidas en esta materia:

«Siento impotencia e incredulidad sobre estas discriminaciones a esta altura del partido».

«Me he sentido vejado, discriminado y estigmatizado».

«Me siento discriminada, herida, rechazada y anonadada».

«Esto es una falta de respeto, un atentado contra mi integridad moral y una violación de mis derechos y los de mi marido. Exijo una disculpa».

«No conocen cuál es mi estado y me parece que esta situación es desigual, injusta y discriminatoria».

⁵ Para una breve delimitación conceptual del estigma, por ejemplo, véase: MOSTERT, M. P., «Stigma as Barrier to the Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Africa», en: *African Disability Rights Yearbook*, 4, 2016, pp. 6-8.

«El lunes recibo una carta diciendo que desestiman mi petición. No explican el motivo, pero para mí está bastante claro que es por ser portador de VIH ya que no hay otro motivo. La verdad es que esta carta me dejó “planchado”, no me esperaba esto y me ha hecho sentir bastante mal. Me costó bastante dar el paso de solicitar el seguro médico privado porque sabía que tendría que revelar mi condición de seropositivo ya que la opción de ocultarlo no entra en mi forma de proceder. Me sentí y me siento mal, discriminado».

En relación con la declaración del VIH en el formulario de salud, se constata como las personas que tienen que realizarlo tienen dudas sobre la obligatoriedad de declarar esta circunstancia en éste, pues no parece coherente con el discurso de lucha contra la discriminación por razón de VIH. Un caso de los recibidos que, por sus características, puede considerarse arquetípico y que resalta, además, el uso de los términos VIH y Sida en el formulario de salud de manera indistinta, es el siguiente:

«Esta consulta ha sido planteada por un usuario que quiere saber si la pregunta “¿le han hecho algún test de sida? ¿con qué resultado?”, incluida dentro de la declaración de salud de un formulario de suplemento de capitales de vida es legal o no».

Como se ha apuntado brevemente y se desarrollará en los siguientes capítulos, la legislación ha intentado avanzar en el camino de incrementar el acceso y la permanencia de las personas con condiciones de salud preexistentes en los seguros de personas. Sin embargo, la experiencia de la CL-UAH pone de relieve las carencias de estas medidas. Este hecho cobra aún más relevancia habiéndose comprobado que durante los años 2020 a 2023 las consultas sobre esta materia no solo no cesan, sino que plantean nuevas complejidades. A título meramente ejemplificativo podemos traer esta pregunta:

«Esta consulta ha sido planteada por una persona a la que le han denegado la contratación de un seguro de salud por sus

condiciones preexistentes de salud. No obstante, se vuelve a requerir información médica. Desea saber si ha existido alguna ilegalidad en la tramitación y si puede hacer algo al respecto».

Con esta consulta, no cabe sino preguntarse cuál puede ser el motivo de esta actuación por parte de la compañía aseguradora, pues si ya se ha denegado la contratación no puede encontrarse razón para una petición adicional de información. Quizá esta acción esté relacionada con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 436/2022, de 16 de noviembre, que viene a interpretar la Ley 4/2018 en conjunción con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de tal manera que parece que los aseguradores no pueden denegar el acceso a la contratación de seguros. No obstante, como veremos en el último apartado de este trabajo, esta interpretación no puede sostenerse sin poner en riesgo la estabilidad del mercado asegurador y, consecuentemente, sin una violación de la libertad de empresa. Por esto, ante lo convulso de la situación actual, solo queda esperar que las consultas en esta materia en la CL-UAH sean cada vez más complejas.

3. Marco teórico de la monografía

3.1. VIH Y SIDA: MISMO ORIGEN, DIFERENTES SITUACIONES

En primer lugar, debe destacarse que, dentro del alcance de esta monografía, se encuentran todas las PVIH. Por este motivo, es importante distinguir entre el VIH y el Sida. En palabras de la OMS⁶, por una parte, el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH):

«[...] infecta las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función. La infección produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, con la consiguiente “inmunodeficiencia”».

⁶ OMS, «VIH/Sida», <https://www.who.int/topics/hiv_aids/es/>, consultado 15/01/2023.

ciencia”. Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando deja de poder cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades».

Por otra parte, también en palabras de la OMS⁷, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA o Sida):

«[...] es un término que se aplica a los estadios más avanzados de la infección por VIH y se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH».

La diferencia entre ambos conceptos también puede ser trazada a través del recuento de los linfocitos T-CD4, pues estas células encargadas de coordinar la respuesta inmunitaria son destruidas por el VIH. Por ejemplo, los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades, que son una agencia del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos dedicada, entre otras funciones, al desarrollo y la aplicación de la prevención y control de enfermedades⁸, entiende dentro de la fase Sida a aquellas PVIH con un conteo absoluto de células T-CD4 positivas inferior a 200 células/mm⁹.

⁷ OMS, «VIH/Sida», <https://www.who.int/topics/hiv_aids/es/>, consultado 15/01/2023.

⁸ Los parámetros marcados por estos centros son seguidos por la literatura científica para determinar el recuento de células T-CD4 por debajo del cual se considera que una persona está en fase Sida. Véase, por ejemplo: LÁZARO NODA ALBELO, A., VIDAL TALLET, L. A., PÉREZ LASTRE, J. E., CAÑETE VILLAFRANCA, R., «Interpretación clínica del conteo de linfocitos T CD4 positivos en la infección por VIH», en: *Revista cubana de medicina*, 52 (2), 2013, p. 122: «Pacientes infectados por el VIH y un conteo absoluto de células CD4 positivas < 200/mL son clasificados como sida por los Centros para el Control de Enfermedades de Estados Unidos de Norteamérica y por la Organización Mundial de la Salud. Pacientes con un conteo de células CD4 positivas < 200/mL están en riesgo de adquirir infecciones oportunistas y deben iniciar profilaxis».

⁹ Centre for Disease and Control Prevention, «Terms, Definitions, and Calculations Used in CDC HIV Surveillance Publications», <<https://www.cdc.gov/hiv/statistics/surveillance/terms.html>>, consultado 15/01/2023.

En segundo lugar, es importante apuntar que, durante segundo estadio de la infección por VIH, también denominada infección crónica por VIH o latencia clínica, el virus sigue multiplicándose y el sistema inmunitario debilitándose, pero las PVIH no desarrollan síntomas¹⁰. Sin embargo, en esta fase el virus puede ser transmitido¹¹ y un test revelaría su presencia. Más allá de esta fase, las PVIH en ART pueden alcanzar un punto donde la carga viral es indetectable¹². Esto no significa que la persona esté curada, pero estudios recientes muestran que las personas que están en este estadio no transmiten el virus, de hecho, a menudo se hace referencia al binomio I=I, indetectable es igual a intrasmisible¹³. Es más, la literatura científica también apunta que las personas con VIH indetectable tienen esperanza de vida similar a la media¹⁴ y que

¹⁰ CODINA, C., MARTÍN, T. M., IBARRA, O., «La infección por el virus de la inmunodeficiencia humana», en: *Fundación Española de Farmacia Hospitalaria, Farmacia Hospitalaria 3.ª Edición*, Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, 2002, p. 1494.

¹¹ U.S. Department of Health and Human Services, «The stages of HIV infection», <<https://aidsinfo.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/19/46/the-stages-of-hiv-infection>>, consultado 15/01/2023.

¹² U.S. Department of Health and Human Services, «Undetectable Viral Load», <<https://aidsinfo.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/876/undetectable-viral-load>>, consultado 15/01/2023.

¹³ RODGER, A., «Risk of HIV transmission through condomless sex in sero-different gay couples with the HIV-positive partner taking suppressive antiretroviral therapy (PARTNER): final results of a multicentre, prospective, observational study», en: *Lancet*, 393 (1089), 2019, p. 9: «The results from the PARTNER studies support wider dissemination of the message of the U=U campaign that risk of transmission of HIV in the context of virally suppressive ART is zero».

¹⁴ GUELER, A., «Life expectancy in HIV-positive persons in Switzerland: matched comparison with general population», en: *AIDS*, 3 (1), 2017, p. 427: «Highly educated HIV-positive people have an estimated life expectancy similar to Swiss residents with compulsory education. Earlier start of ART and effective smoking-cessation programs could improve HIV-positive life expectancy further and reduce inequalities»; «Overall, life expectancy at age 20 years of HIV-positive individuals enrolled in the SHCS increased from 11.8 years (95% CI 11.2-12.5) in the monotherapy era to 54.9 years (95% CI 51.2-59.6) in the most recent ART era».

el coste del tratamiento vitalicio del VIH, ya en la década de 1990, era muy próximo al que podrían generar otros incidentes de salud como trasplantes¹⁵. Todo sin mencionar la existencia de dos casos documentados de personas curadas del virus, los denominados pacientes de Berlín y Londres que, si bien no han llevado directamente a una cura global, suponen un avance significativo en esta dirección.

Reconocer la existencia de estos puntos en la infección por VIH es importante para este estudio porque hoy en día la mayoría de las aseguradoras incluyen una pregunta relacionada con el VIH. Sin embargo, a veces utilizan los conceptos VIH y Sida como sinónimos, por ejemplo, preguntando: «¿Se ha realizado un test del Sida? ¿Cuál ha sido el resultado?»¹⁶. Como acabamos de destacar, el Sida es un estadio del VIH, por lo tanto, una persona puede ser testada del VIH, pero la clasificación de una persona en fase Sida requiere de una valoración médica integral que va más allá de un mero test. Esta pregunta implica un cierto desconocimiento sobre la circunstancia que se está alegando tiene repercusión para la valoración del riesgo y en la determinación de la prima, pues es criterio asentado jurisprudencialmente que «[...] ha de ser la compañía, profesionalmente dedicada a esa actividad, quien con el mayor detalle posible concrete en el cuestionario

¹⁵ PADGUG, R. A., OPPENHEIMER, G. M., EISENHANDLER, J., «Aids and Private Health Insurance: A Crisis of Risk Sharing», en: *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 3 (1), 1993, p. 62: «While the data clearly demonstrates that lifetime treatment costs of persons with AIDS are substantial, they are not unlike treatment costs incurred by persons with other serious diseases typically covered by health insurance policies. For example, lifetime treatment costs for a person diagnosed with AIDS in 1991 are about the same as the costs associated with an episode of care for a bone marrow transplant in the same year – about \$150,000».

¹⁶ Por ejemplo, véase: Gestión de Riesgos Militares, «Cuestionario de Salud del Asegurado», <http://www.grmsegueros.com/doc/Cuestionario_definitivo.pdf>, consultado 15/01/2023, en segunda nota a pie de página; Plataforma de contratación del sector público, «Condiciones particulares de la póliza de seguro de vida para colectivos en general», <<https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/3ca291d5-1211-495a-8307-c95e043a74eb/DOC20180314122606SEGURO+VIDA+Y+ACCIDENTES.PDF?MOD=AJPERES>>, consultado 15/01/2023, en p. 6.

tales circunstancias»¹⁷. Esto nos hace dudar sobre si estas compañías han adaptado sus cálculos para reflejar que la ciencia ha avanzado hasta un punto donde una PVIH en tratamiento antirretroviral adecuado puede tener una esperanza de vida similar a otras personas con enfermedades crónicas¹⁸. Cuestión esta última decisiva, pues podría llevar a la inexistencia de causas justificadas, proporcionadas y razonables, documentadas previa y objetivamente, que avalen la denegación en el acceso a un seguro de salud por razón de VIH —disposición adicional cuarta LCS—, lo que convertiría esta acción en discriminatoria¹⁹.

3.2. EL VIH DENTRO DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

3.2.1. *El modelo social de la discapacidad*

El modelo social de la discapacidad ha sido conceptualizado de las más diversas maneras, de hecho, existen múltiples variaciones²⁰, por ejemplo, el modelo de grupo minoritario²¹, el modelo afirmativo²²

¹⁷ Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007, ECLI: ES:APB:2007:8578, Fundamento Jurídico Segundo.

¹⁸ KAULICH-BARTZ, J., «Insurability of HIV-positive people treated with antiretroviral therapy in Europe: collaborative analysis of HIV cohort studies», en: *AIDS*, 27 (10), 2013.

¹⁹ Ministerio de Sanidad, CESIDA, Universidad de Alcalá, «Esperanza de vida en personas con VIH: Acceso a los seguros privados. Informe de resultados», <https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/PACTOSOCIAL/docs/Informe_EsperanzaVidaVIH_Diciembre2022.pdf>, consultado 15/01/2023.

²⁰ *Ibid.*, p. 2.

²¹ Sobre este modelo, por ejemplo, véase: Ministerio de inclusión económica y social de Ecuador, «Propuesta de atención integral para personas con discapacidad», Ministerio de inclusión económica y social de Ecuador (2013) 15.

²² Sobre este modelo, por ejemplo, véase: McCORMACK, C., COLLINS, B., «The affirmative model of disability: a means to include disability orientation in occupational therapy?», en: *British Journal of Occupational Therapy*, 75 (3), 2012, pp. 3-4; CAMERON, C., «Further towards an affirmation model», en: CAMPBELL, T., FONTES, F., HEMINGWAY, L., SOORENIAN, A., TILL, C. (eds.), *Disability studies: emer-*

o el modelo biopsicosocial²³. Sin embargo, considerando las características comunes de todos ellos, en esta monografía se seguirá el modelo social de la discapacidad que define éste como: «La pérdida o limitación de oportunidades para participar en la vida normal de la comunidad en un nivel igual con los demás debido a las barreras físicas y sociales»²⁴. Por lo tanto, la discapacidad no tiene sede en la persona individual sino en los factores que impiden a todas las personas participar en la sociedad en igualdad de condiciones²⁵.

Este último podría ser considerado imperante en la actualidad, pues es generalmente aceptado que es el que impregna²⁶ el texto marco en la materia²⁷, la Convención sobre los Derechos de las

ging insights and perspectives, Leeds: The Disability Press, 2008; CAMERON, C., *Does anybody like being disabled? A critical exploration of impairment, identity, media and everyday experience in a disabling society*, Tesis doctoral, Universidad Queen Margaret, 2010.

²³ Ministerio de inclusión económica y social de Ecuador, «Propuesta de atención integral para personas con discapacidad», Ministerio de inclusión económica y social de Ecuador (2013) 16.

²⁴ BARNES, C., *Disabled People in Britain and Discrimination. A Case for Anti-discrimination Legislation*, Hurst and Co, 1991, p. 2: «Impairment is the functional limitation within the individual caused by physical, mental or sensory impairment. Disability is the loss or limitation of opportunities to take part in the normal life of the community on an equal level with others due to physical and social barriers».

²⁵ Sobre este modelo, por ejemplo, véase: VICTORIA MALDONADO, J. A., «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de Derechos Humanos», en: *Revista de Derecho de la UNED*, 12, 2013.

²⁶ CUENCA GÓMEZ, P., «Derechos Humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad», en: *Papeles el tiempo de los derechos*, 3, 2011, pp. 11-14. Existen posturas que argumentan que la definición de discapacidad prevista en la CDPD está más próxima a la dada por la Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud, que a la del modelo social. Sobre esto, por ejemplo, véase: KAZAU, K., «Analysing the definition of disability in the un convention on the rights of persons with disabilities: is it really based on a “social model” approach?», en: *International Journal of Mental Health and Capacity Law*, 23, 2017.

²⁷ LAWSON, A., BECKETT, A. E., «The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis», en: *The International Journal of Human Rights*, 25 (1), 2021, p. 354.

Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)²⁸. Con esta base, ésta define su ámbito subjetivo de aplicación personal de la siguiente manera:

«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Y opera no solo para la discriminación directa²⁹, esto es, la que se produce con un trato diferente y desventajoso por razón de discapacidad, sino también para la discriminación indirecta, que se genera cuando se presta un trato jurídico idéntico a dos situaciones diferentes de hecho³⁰, y para la discriminación por asociación, derivada de proporcionar un trato más desventajoso a una persona por su relación con una persona con discapacidad³¹.

²⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (adoptada 13 de diciembre de 2006, entrada en vigor 3 de mayo de 2008) A/RES/61/106 (CDPD).

²⁹ Sobre el desarrollo de este tipo de discriminación por ejemplo, véase: REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», en: *Revista de Derecho Político*, 1 (100), 2017, p. 140; FREDMAN, S., *Discrimination Law (2nd Ed.)*, Clarendon Law Series, 2011, pp. 166-176; SERRA, M. L., *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*, Dykinson, 2017, pp. 346-347.

³⁰ Sobre el desarrollo de este tipo de discriminación por ejemplo, véase: REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, nota 28, pp. 133-134; FREDMAN, S., *op. cit.*, nota 28, pp. 177-189; TOBLER, C., *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Office for Official Publications of the European Communities, 2008; SERRA, M. L., *op. cit.*, nota 28, pp. 347-348. Sobre la historia global de esta discriminación, puede verse, por ejemplo, para el caso de Reino Unido: BARNES, C., *loc. cit.*, nota 23.

³¹ Sobre el desarrollo de este tipo de discriminación, con especial énfasis en el caso Coleman, véase, por ejemplo: REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, nota 28, p. 142; MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: Un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», en: *Temas Laborales*, 101, 2009, p. 326; WADDINGTON, L., «Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of

3.2.2. *Las Personas con VIH como personas con discapacidad*

Como acabamos de apuntar, el modelo social permite considerar en toda su extensión el tipo de barrera más frecuente al que se enfrentan la PVIH, la actitudinal, el estigma; obstáculo que según la literatura científica tiene un gran impacto en la calidad de vida de las PVIH³² y frena la respuesta global al VIH al generar reservas a la realización de las pruebas del VIH³³. Como apuntan Campillay y Monárdez³⁴:

«La estigmatización y discriminación a las personas portadoras de VIH/SIDA a nivel global sigue siendo uno de los principales problemas a los que las autoridades y organismos internacionales deben hacer frente. La imagen negativa de la enfermedad se ha mantenido a pesar de los importantes avances en el tratamiento y mejora en la calidad de vida de los pacientes. [...] siendo el ámbito sanitario donde se describen los más graves tropiezos a los derechos humanos en personas portadoras. Los países y organizaciones [...] tienen [...] la obligación de difundir una imagen positiva sobre los portadores, mostrando la mejora

the Court of Justice of 17 July 2008», en: *Common Market Law Review*, 46, 2009, pp. 671-672; PÉREZ CAMPOS, A. I., «Discriminación por asociación», en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, 2018.

³² GHASVAND, H., «Clinical determinants associated with quality of life for people who live with HIV/AIDS: a Meta-analysis», en: *BMC Health Services Research*, 19, 2019, p. 1: «Research has shown that HIV affected patients not only suffer from physical issues, but also experience stigma and misjudgment from society, which can negatively impact an individual's quality of life».

³³ ONUSIDA, «Confronting discrimination Overcoming HIV-related stigma and discrimination in healthcare settings and beyond», <https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/confronting-discrimination_en.pdf>, consultado 15/01/2023, en p. 4: «This stigma and discrimination discourages people from accessing health-care services, including HIV prevention methods, learning their HIV status, enrolling in care and adhering to treatment».

³⁴ CAMPILLAY, M., MONÁRDEZ, M., «Estigma y discriminación en personas con VIH/SIDA, un desafío ético para los profesionales sanitarios», en: *Revista Bioética y Derecho*, 47, 2019, pp. 12-13.

en la calidad de vida de las personas que acceden al tratamiento de manera oportuna. Esto puede contribuir a crear nuevos significados sobre la enfermedad que no solo generen mayor conocimiento social, sino un cambio de actitud general que fortalezca los valores sociales como la solidaridad y el respeto por los derechos humanos de todas las personas enfermas».

Irónicamente las autoras utilizan el binomio «VIH/Sida» y el sustantivo «portador». Estos términos, según ONUSIDA³⁵, deben evitarse porque parecen apuntar a la falsa concepción de que VIH y Sida son lo mismo. Además, el segundo se considera «incorrecto, estigmatizador y ofensivo». También se considera incorrecto el muy frecuentemente utilizado término «seropositivo» porque la «seropositividad» no es exclusiva del VIH sino que puede aplicar a la Hepatitis, el *Helicobacter Pylori*, etc. Es extremadamente importante que, en la lucha contra el estigma, incluso desde dentro de la academia, no se recurra a expresiones que acrecienten el estigma, pues esto contraviene el discurso de los derechos. Por esto, durante esta monografía, siguiendo las guías de ONUSIDA³⁶ y del movimiento asociativo español³⁷, se utilizarán los siguientes términos: «persona con VIH» o; «persona que tiene VIH» (ambos con la abreviatura PVIH).

En este punto, ya ha quedado establecido que las PVIH tienen una condición de salud que, al interactuar con diversas barreras, sobre todo actitudinales, pueden impedir su entrada y permanencia en los seguros de salud en igualdad de condiciones. Por esto, parece obvio que ONUSIDA, la OMS y la Oficina del Alto Co-

³⁵ ONUSIDA, «Orientaciones terminológicas de ONUSIDA», <https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2118_terminology-guidelines_es_0.pdf>, consultado 15/01/2023, en pp. 21-30; INFOSIDA, «Estado serológico», <<https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/glossary/4059/estado-serologico>>, consultado 15/01/2023.

³⁶ *Ibid*, p. 5, 21-30.

³⁷ GTT-VIH, «La importancia del lenguaje», <http://gtt-vih.org/actualizate/lo_mas_positivo/lmp50/la_importancia_del_lenguaje>, consultado 15/01/2023.

misionado para los Derechos Humanos en un informe conjunto³⁸ defendiesen que:

«La Convención no hace referencia de manera explícita al VIH o el Sida en su definición de discapacidad. Sin embargo, los Estados Parte están obligados a reconocer que cuando las personas que viven con VIH (asintomático o sintomático)³⁹ tienen impedimentos que, en interacción con el entorno, resultan en estigma, discriminación u otras barreras, entran dentro del ámbito de protección de la Convención».

Sin embargo, esta inclusión de las PVIH dentro del ámbito subjetivo de la CDPD en ocasiones choca con una realidad donde existen instrumentos especialmente diseñados para cada uno de los colectivos. Según Elliott, Utyasheva y Zack⁴⁰, hay dos razones

³⁸ ONUSIDA, OMS, UNHR, «HIV Policy Brief», <http://www.who.int/disabilities/jc1632_policy_brief_disability_en.pdf>, consultado 15/01/2023.

³⁹ Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados en el caso *Bragdon c. Abbott* No. 96-1643. Aquí ya se había fijado que la Ley para Estadounidenses con Discapacidades —the Americans with Disabilities Act (ADA)— se aplica a las personas con VIH desde el mismo momento de la infección. Existe abundante doctrina sobre este caso, por ejemplo, véase: LIU, E., «Bragdon v. Abbott: Extending the Americans with Disabilities Act to Asymptomatic Individuals», en: *Journal of Health Care Law and Policy*, 3 (2), 2000, pp. 382-408; LOVELL BANKS, T., «The Americans with Disabilities Act and the Reproductive Rights of HIV Infected Women», en: *Texas Journal of Women and the Law*, 3 (1), 1994; CARLIS, M. D., MCCABE, S., «Are There No Per Se Disabilities Under the Americans with Disabilities Act? the Fate of Asymptomatic HIV Disease», en: *Maryland Law Review*, 57 (2), 1998; CHAMBERS, E. C., «Asymptomatic HIV as a Disability under the Americans with Disabilities Act», en: *Washington Law Review*, 73 (2), 1998; CLEGG, R., «Asymptomatic Genetic Conditions, and Antidiscrimination Law: A Conservative Perspective», en: *Journal of Health Care Law and Policy*, 3 (2), 2000; KAEMMERLING, M., «Protection for Individuals with Asymptomatic HIV», en: *North Carolina Law Review*, 77 (3), 1999. Precisamente este caso, *Bragdon c. Abbott*, fue mencionado por la Abogado General Kokott en las Conclusiones del caso *Ring y Werge*.

⁴⁰ ELLIOTT, R., UTYSHEVA, L., ZACK, E., «HIV, disability and discrimination: making the links in international and domestic human rights law», en: *Journal of the International AIDS Society*, 12 (29), 2009.

principales para esta duplicidad: en primer lugar, las PVIH son extremadamente estigmatizadas y marginalizadas, por tanto, existe el miedo de que añadir la referencia a la discapacidad acrecienta las barreras actitudinales a las que hacen frente y, en segundo lugar, las asociaciones que trabajan en el campo de los derechos de las PVIH tienen reservas al uso de este enfoque porque temen que pueda suponer la pérdida de los recursos para ambas causas que tanto ha costado conseguir. A éstas quizá habría que añadir una cuestión temporal, es decir, cuando se descubrieron los primeros casos de VIH el campo de la discapacidad no contaba con un desarrollo tan amplio como en la actualidad.

Asimismo, en el caso español podría incluirse otra razón adicional que es fácilmente apreciable en el área que esta monografía pretende abordar, el acceso a los seguros. En el año 2011, con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se incluyó en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro —en adelante LCS— una disposición adicional cuarta tendente a facilitar el acceso de las PD a los seguros. Sin embargo, en el año 2018 se introdujo en la LCS una disposición adicional quinta (ahora párrafo primero de la disposición adicional quinta) gemela a la cuarta, pero cambiando el alcance personal de «personas con discapacidad» a «personas con VIH/Sida u otras condiciones de salud». Esto no quiere sino decir que existen supuestos en los que se falla en la implementación del modelo social, pues éste acoge a las PVIH dentro del término personas con discapacidad cuando encuentran barreras por razón de su condición de salud que impiden su plena y efectiva participación en la sociedad en igualdad de condiciones. Cuando esto sucede, el legislador se ve forzado a duplicar estas previsiones para que no exista excusa para la protección de este colectivo en determinadas áreas. Esta vía es sin duda la más sencilla para conseguir el objetivo de proteger a las PVIH frente a los obstáculos que tienen que enfrentan por razón de su condición de salud, pero no es una solución definitiva porque las subsiguientes veces que se plantee el problema las PVIH volverán a tener que esperar para que explícitamente se las recoja en el alcance personal de una norma.

Quizá, el Estado debería canalizar sus esfuerzos en implementar realmente el modelo social de la CDPD, pues esto eliminaría a buen seguro parte sino toda la duplicidad normativa.

3.3. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y CONTRIBUCIÓN AL CONOCIMIENTO

3.3.1. *Contexto Internacional*

En 1981, el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos reportaría que cinco hombres jóvenes y previamente sanos habían sido tratados de una infección pulmonar rara y otras afecciones inusuales que indicaban que su sistema inmunológico no funcionaba⁴¹. Este sería el primer informe de lo que más tarde sería conocido como VIH/Sida. En 1986, solo en Estados Unidos, ya existía una estimación de en torno a 493.000 PVIH y 84.800 nuevas infecciones⁴².

Considerando que en los seguros de personas la salud del potencial asegurado es la base sobre la que se determina el riesgo y se confecciona la prima, la repercusión de este descubrimiento fue crucial para el sector asegurador. Por esto, la mayoría de las aportaciones relacionadas con el impacto del VIH en la relación aseguradora provienen de aquellos países donde la prestación sanitaria se confía en gran medida a los aseguradores privados o se produce una vinculación entre seguros de vida y préstamos con garantía hipotecaria. Como esta monografía tiene su foco en España, no se pretende hacer aquí un estudio exhaustivo de este contexto internacional, pero sí debe mencionarse que Estados Unidos ha estado liderando buena parte de los avances en esta materia, pudiendo distinguirse dos períodos en

⁴¹ Centers for Disease and Control Prevention, «Morbidity and Mortality Weekly Report, June 5», <https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/june_5.htm>, consultado 15/01/2023.

⁴² Centers for Disease and Control Prevention, «HIV and AIDS Timeline», <<https://normasapa.com/como-citar-referenciar-paginas-web-con-normas-apa/>>, consultado 15/01/2023.

las aportaciones: la literatura anterior y posterior al caso *Doe v. Mutual Omaha*⁴³.

Dentro de las aportaciones de la primera época⁴⁴, por centrarse en los pormenores jurídicos de la cuestión, se podría considerar que la mayor contribución a la materia la constituye la publicación denominada «La crisis aseguradora del SIDA: ¿limitación o extra-limitación en el producto?»⁴⁵ — «*The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching?*» — publicada en 1987 por Schatz⁴⁶. En concreto, el autor⁴⁷, director del Proyecto «Derechos Civiles y SIDA», relataba cómo las compañías estaban recurriendo a técnicas tales como incluir los tratamientos del VIH como experimentales (estos están generalmente excluidos de la cobertura), rechazar la cobertura de quienes presentasen síntomas previos a la contratación del seguro e, incluso, denegar la contratación en función de la orientación sexual, como medio de aminorar los grandes e inesperados costes generados con la repentina llegada del VIH/SIDA⁴⁸. En este

⁴³ Estados Unidos. Corte de Apelación del Séptimo Circuito en el caso *Doe c. Mutual of Omaha Insurance Co.* N.º 98-4112, June 2nd 1999.

⁴⁴ Entre otras: CHRISTIANSON, D., «The financial implications of aids for life insurance companies in the united states», en: *Transactions of Society of Actuaries*, 42, 1990; HOLLAND, D., «The impact of aids on life and health insurance companies: a guide for practicing actuaries», en: *Transactions of Society of Actuaries*, 40, 1988, p. 2; STRABLE, D., *The financial impact of aids on life insurance*, Tesis de Máster, NorthWestern University, 1990; DE VOY, K., «The effects of aids on the insurance industry», Tesis, Ball State University, 1988.

⁴⁵ Se ha intentado aportar una traducción del título que reflejase el sentido del título original, pues una traducción más literal podría tener connotaciones no probadas como pretendidas en el cuerpo del artículo cuyo título se traduce.

⁴⁶ SCHATZ, B., «The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching?», en: *Harvard Law Review*, 100 (1782), 1987, pp. 1785-1786.

⁴⁷ Véase: *ibid.*, pp. 1786-1792.

⁴⁸ Una aportación comparada muy interesante de la época es la siguiente: DAYKIN, C. D., «The impact of HIV infection and aids on insurance in the United Kingdom», en: *JIA*, 115, 1988, p. 789. Aquí se puede apreciar claramente como la intención del sector asegurador es no prestar o limitar toda la cobertura relacionada con el VIH.; «In the light of what is now known about AIDS, the opportunity exists to take action to avoid future policyholders being faced with greatly increased premiums. Such opportunities include the possibility of AIDS exclusion clauses, careful underwriting and policy design».

contexto, el autor se planteó si es adecuado dejar a las compañías aseguradoras usar la cláusula de la «necesidad económica» para eximirse de la prohibición general de discriminar impuesta en el resto de la sociedad⁴⁹. Pregunta que sigue plenamente vigente⁵⁰ y que se pretende responder en esta monografía en el contexto de los seguros de salud en el territorio español.

Dentro de la segunda época, se encuentran las publicaciones derivadas del enfoque aportado a la materia en el caso *Doe v. Mutual Omaha*. En éste, la Corte de Apelación del Séptimo Circuito de los Estados Unidos fue llamada a decidir si la reducción de la cobertura general de 1 millón de dólares a 25.000 dólares para las patologías relacionadas con el VIH era contraria a derecho. La Corte llegaría a la conclusión de que está prohibido que los aseguradores rechacen a un asegurado por el mero hecho de ser persona con discapacidad, pues el artículo 302 de la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades —*Americans with Disabilities Act*— establece que ninguna persona será discriminada en base a su discapacidad para el total e igualitario disfrute de los servicios⁵¹. No obstante, destacaría que este artículo no regula el contenido que debe ser incluido en el producto de seguro. Por lo tanto, se consideró que la compañía aseguradora estaba actuando conforme a derecho.

Esta decisión fue inesperada y la doctrina⁵² se centró en subrayar que la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades

⁴⁹ Dudas conexas existían en toda la doctrina norteamericana: CLIFFORD, K., IUCULANO, R., «AIDS and Insurance: The Rationale for AIDS-Related Testing», en: *Harvard Law Review*, 100 (1806), 1987; LIPSON, B., «A crisis in insurance», en: *New England Journal of Public Policy*, 4 (1), 1988.

⁵⁰ Más recientemente, sobre el aseguramiento de las personas con VIH: KAULICH-BARTZ, J., «Insurability of HIV-positive people treated with antiretroviral therapy in Europe: collaborative analysis of HIV cohort studies», en: *AIDS*, 27 (10), 2013.

⁵¹ Estados Unidos. Americans With Disabilities Act of 1990, Pub. L. No. 101-336, § 302, 104 Stat. 328 (1990): «[...] no individual shall be discriminated against on the basis of disability in the full and equal enjoyment of [...] services [...]».

⁵² Existen multitud de aportaciones en esta cuestión, entre otras, por ejemplo, véase: IZZO, L. B., «Doe v. Mutual of Omaha Insurance Co.: The ADA Does Not Regulate the Content of Insurance Policies, but What Have Cameras, Brai-

constituye un mandato nacional «integral» para «eliminar» la discriminación contra las personas con discapacidad y, por esto, no puede proporcionar protección en la relación aseguradora para luego excusar la discriminación en los términos y condiciones de las pólizas⁵³. Sin embargo, esta situación no daría un cambio radical hasta 2014 con la completa implementación de la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible⁵⁴ —*Patient Protection and Affordable Care Act*— que prohibiría que los planes de salud —*health plans*— estableciesen límites vitalicios o anuales en la cobertura, más allá de los restringidos límites previstos, en aquellos beneficios que son esenciales para la salud⁵⁵.

Se podría argumentar que el tiempo transcurrido desde el caso *Doe v. Mutual Omaha* y la obligación impuesta por la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible durante años de eliminar estos topes han abonado la eliminación de estas ba-

lle Books or Wheelchairs Got to Do with It», en: *Connecticut Insurance Law Journal*, 7, 2000; FRICKEL, M., «Is there a ceiling cap on your health care? life after Doe v. Mutual of Omaha», en: *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 17 (1), 2000; PARKS, R., «Doe v. Mutual of Omaha: the seventh circuit eviscerates the ADA's protection of people with HIV/AIDS against insurance policy discrimination», en: *Law and Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues*, 10, 2001; BLOCH IZZO, L., «Doe v. Mutual of Omaha insurance co.: the ADA does not regulate the content of insurance policies, but what have cameras, braille books or wheelchairs got to do with it?», en: *Connecticut Insurance Law Journal*, 7, 2001; JOLY, M. C., «Doe and Smith v. Mutual of Omaha insurance company: the possible impact of insurance caps on hiv-infected individuals», en: *DePaul Journal of Health Care Law*, 4 (1), 2000; ROMERO, K., «Defining discrimination in Doe v. Mutual of Omaha insurance co.: determining if a health insurance policy's aids benefit cap violates the ADA», en: *George Mason Law Review*, 9 (1), 2000; CASPAR, E., «Doe v. Mutual of Omaha: do insurance policy caps on Aids treatments violate the Americans with Disabilities Act», en: *Notre Dame Law Review*, 75 (4), 1999.

⁵³ CASPAR, E., «Doe v. Mutual of Omaha: do insurance policy caps on Aids treatments violate the Americans with Disabilities Act», en: *Notre Dame Law Review*, 75 (4), 1999, p. 1569.

⁵⁴ Estados Unidos. Patient Protection and Affordable Care Act, 42 U.S.C. § 18001 (2010).

⁵⁵ DOLGIN, J. L., SHEPHERD, L. L., *Bioethics and the law*, New York Wolters Kluwer, 2019, p. 682.

rreras actitudinales por parte de las compañías aseguradoras. Sin embargo, en 2015, con la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible plenamente vigente, una compañía de seguros rechazó la cobertura de una persona basándose en el hecho de que estaba tomando la profilaxis preexposición para el VIH⁵⁶. Es decir, la compañía fue un paso más allá discriminando por asociación al VIH. No parece que este panorama sea muy diferente al que relataba Schatz en el año 1986 en el que se denegaba la contratación a hombres que tenían sexo con hombres en base a la mayor incidencia del virus en este colectivo.

Como subrayamos al inicio, pese a que la mayor actividad judicial y correspondiente respuesta doctrinal parece provenir de Estados Unidos, esto no quiere decir que la denegación de acceso en los seguros de personas por razón de condiciones preexistentes de salud haya pasado inadvertida en otras jurisdicciones. Por ejemplo, la Corte Constitucional Mexicana, en base a la monografía jurisprudencial 15/2012, cuyo rubro es el siguiente «Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares», defendió que las compañías aseguradoras no pueden denegar el acceso a los seguros de salud y vida a las personas con discapacidad si no existen causas justificadas y razonables⁵⁷ en el Amparo de Revisión 410/2012⁵⁸. También la Corte Constitucional de Colombia, en el caso T-1165/01⁵⁹, llegaría a la conclusión de que la

⁵⁶ Estados Unidos. Corte del Distrito en el Distrito de Massachusetts en el caso *John Doe c. Mutual of Omaha Insurance Co.* N.º 1:16-cv-11381-GAO, July 18th, 2018.

⁵⁷ Sobre esto, por ejemplo, véase: CABRERA ACEVES, A. B., *La libre contratación de seguros en México a la luz del principio de no discriminación*, Tesis de Máster, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2014.

⁵⁸ México. Corte Constitucional Mexicana, Amparo de Revisión 410/2012.

⁵⁹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, caso T-1165/01. La Corte Constitucional ha analizado la discriminación en el acceso contractual a la vivienda de las PVIH en las sentencias T-1165 de 2001, T-170 de 2005, T-905 de 2007 y T-408 de 2015. Para un breve comentario de esta sentencia, por ejemplo, véase: LÓPEZ OLIVA, J., «Tensiones entre el neoconstitucionalismo y el principio de autonomía de la voluntad en los contratos», en: *Revista Jurídica Primera Instancia*, 1, 2013, pp. 124-126. En esta línea, sobre la autonomía privada de las