



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

INFORME SOBRE EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON VIH A LOS TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Miguel Ángel Ramiro Avilés
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Universidad Carlos III de Madrid

1. RESUMEN

Las mujeres y los hombres con VIH que sean titulares del derecho a la protección de la salud no pueden ser excluidos en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida que se realizan en los centros asistenciales, ya sean de titularidad pública o privada, aludiendo como única razón su estado serológico. Dicha exclusión constituye un trato diferenciado que es discriminatorio al no estar suficientemente justificado, pues el fin que se busca no es legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos, si nos atenemos al conocimiento que sobre la transmisión horizontal y vertical del VIH aporta la medicina basada en la evidencia siempre que se utilicen las técnicas de reproducción humana asistida. Las administraciones públicas deben impedir con sus acciones en materia de salud la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones sociales, como es el caso del colectivo de las personas con VIH, tenga una especial dificultad para acceder de manera real y efectiva a las prestaciones sanitarias, como es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida. El reconocimiento del derecho a la protección a la salud que se hace en el artículo 43 de la Constitución y su desarrollo normativo a nivel estatal, principalmente mediante la Ley 14/86, *General de*

Sanidad, la Ley 16/03, *Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, y el Real Decreto 1030/06, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, reconocen que la prestación de servicios sanitarios debe hacerse en condiciones de igualdad efectiva y con el fin de proporcionar una atención integral a la salud de las personas. Por tales motivos se ha establecido una cartera de servicios comunes a la que los titulares del derecho a la protección de la salud tienen derecho a acceder siempre que exista una indicación clínica y sanitaria. Entre dichos servicios se encuentran las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales están clínicamente indicadas en aquellos casos en que las parejas son serodiscordantes o seroconcordantes al VIH ya sea porque exista un diagnóstico de infertilidad o ya sea porque son técnicas que han demostrado su eficacia y utilidad a la hora de evitar tanto la transmisión horizontal como la transmisión vertical. Por otro lado, la Ley 14/06, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, señala que debe garantizarse que las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las personas con VIH si nos atenemos al modelo social de discapacidad impuesto por la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, no sean discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Si se produjese tal exclusión, las personas con VIH podrían reclamar su derecho mediante una serie de recursos, primero, ante la Administración y, posteriormente, ante los Jueces y Tribunales, con el fin de obtener su satisfacción.

2. INFORME

2.1. Fundamentos de Derecho

La Constitución consagra en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, cuyo desarrollo normativo se produce por primera vez mediante la Ley 14/86, *General de Sanidad*, y posteriormente y entre otras normas, por la Ley 16/03, *Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*. Los titulares de este derecho son, en principio, todos los españoles y todos los extranjeros con residencia en el territorio nacional (art. 1.2 Ley

14/86)¹. La Ley 14/86 reconoce en su artículo 3.2 que el acceso a la asistencia sanitaria y a las prestaciones sanitarias se realizará en condiciones de igualdad efectiva y en el artículo 10 se enumera una serie de derechos, tales como (i) el respeto a la personalidad, la dignidad humana y la intimidad, sin que pueda discriminarse por razones raciales, sociales, sexuales, morales, económicas, ideológicas, políticas o sindicales²; (ii) la información sobre los servicios sanitarios a que se puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso; (iii) la libre elección entre las opciones que presente el responsable médico del caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo una serie de excepciones legalmente establecidas. El artículo 4 Ley 16/03 completa los derechos que tienen los ciudadanos³ en el conjunto del Sistema Nacional de Salud al reconocer (i) el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa, (ii) el derecho a recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma en un tiempo máximo y (iii) el derecho a recibir asistencia sanitaria en aquella comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma. Por otra parte, la sección tercera del capítulo primero de la Ley 16/03, artículos 23 a 28, establece una serie de garantías para las prestaciones a las que se tiene derecho. El artículo 23 establece la *garantía de accesibilidad* y dispone que «todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones reconocidas en esta ley en condiciones de igualdad efectiva»; el artículo 24 regula la *garantía de movilidad* al disponer que «el acceso a las

¹ El artículo 3.1 Ley 16/03 señala que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 LO 4/00; los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación; los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

² Curiosamente, la Ley General de Sanidad, que amplía la enumeración de causas de discriminación del artículo 14 de la Constitución, no incluye expresamente la salud entre las causas de discriminación.

³ Esta referencia a “los ciudadanos” no parece muy afortunada ya que los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria no son sólo las personas que son ciudadanos. La interpretación más favorable en materia de derechos sería aquella que incluyese en el concepto “ciudadanos” no sólo a los españoles sino también, como mínimo, al resto de los titulares definidos en el artículo 3.1 Ley 16/03. Por otro lado, el problema de la determinación de quién es titular se hace más evidente cuando en el artículo 10 Ley 14/86 se reconoce que los derechos que allí se enumeran se atribuyen a “todos”, sin hacer distinción entre ciudadanos, extranjeros residentes, nacionales de países de la Unión Europea o nacionales de países con los que se ha firmado un tratado o convenio en la materia.

prestaciones reconocidas en esta ley se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares»; el artículo 25 se refiere a la *garantía de tiempo* cuando señala que mediante Real Decreto se aprobarán «los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud» y que cada Comunidad Autónoma definirá «los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco»; el artículo 26 se ocupa de la *garantía de información* a los ciudadanos de sus derechos y deberes, de las prestaciones, de la cartera de servicios y de los requisitos necesarios para el acceso a éstos; el artículo 27 recoge la *garantía de seguridad* y, por último, el artículo 28 las *garantías de calidad y servicios de referencia*.

La protección de la salud es una materia que ha sido afectada por múltiples desarrollos normativos tanto a nivel nacional como a nivel autonómico pues nos encontramos ante una materia en la que, por un lado, el Estado se ha guardado, en virtud del artículo 149.1.16 de la Constitución, la competencia de establecer los principios y criterios substantivos que permitan conferir al sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado, y, por otro lado, las Comunidades Autónomas son competentes para administrar los servicios de salud en su ámbito territorial con el fin de aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle, así, garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación.

La Ley 16/03 aborda ambos aspectos ya que, en primer lugar, entre los principios y criterios substantivos que permiten conferir al sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado, está la determinación de una cartera de servicios con la que se pretende garantizar una serie de servicios comunes a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad; y, en segundo lugar, su objetivo es el de crear el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas sanitarias a nivel estatal y autonómico, siendo una de las

acciones la determinación de los servicios que van a ser comunes en todo el territorio nacional y los que van a ser diferentes en cada Comunidad Autónoma (art. 5 Ley 16/03).

El artículo 7.1 Ley 16/03 establece que el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. Señala, por último, que el catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a los ámbitos de (i) salud pública, (ii) atención primaria, (iii) atención especializada, (iv) atención sociosanitaria, (v) atención de urgencias, (vi) de farmacia, (vii) ortoprotésicos, (viii) de productos dietéticos y (ix) de transporte sanitario. El artículo 8 Ley 16/03 contempla que las prestaciones sanitarias del catálogo se harán efectivas mediante la cartera de servicios comunes, la cual será acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el artículo 10 Ley 16/03 señala en el apartado 1 que las prestaciones son una responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de financiación autonómica, y en el apartado 3 se indica que la inclusión de una nueva prestación en el catálogo se acompañará de una memoria económica, la cual se elevará al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Estas previsiones deben completarse con la potestad que se otorga a las Comunidades Autónomas en el inciso segundo del apartado segundo del artículo 20 Ley 16/03 pues expresamente se señala que «las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud».

En el proceso de elaboración de las carteras de servicios, ya sea la cartera común o las específicas de cada Comunidad Autónoma, deberá tenerse en cuenta, entre otras cosas, la eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, las ventajas y alternativas asistenciales, y el cuidado de los grupos menos protegidos o de riesgo (art.

20.2 tercer inciso Ley 16/03). Por otro lado, el proceso de actualización de la cartera de servicios se deberá regular mediante una orden del Ministerio de Sanidad (art. 21 Ley 16/03)⁴. Estas nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos serán sometidas a evaluación por el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III, que colaborará con otros órganos evaluadores propuestos por las Comunidades Autónomas. La evaluación tendrá por objeto verificar que, entre otras cosas, las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos contribuyen de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento; y aporta una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada respecto a otras alternativas facilitadas (art. 21.3 Ley 16/03).

La regulación específica de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud se hace en el RD 1030/06, por mandato del artículo 20.2 Ley 16/03⁵. El artículo 1 RD 1030/06 señala que su objeto es, en primer lugar, establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de los ámbitos de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, de farmacia, ortoprotésico, de productos dietéticos y de transporte sanitario, y en el artículo 2 RD 1030/06 se define la cartera de servicios comunes como «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias»⁶. Se reitera en el apartado 3 del artículo 2 RD 1030/06 que los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a través de la cartera de servicios comunes son las personas que se enumeran en el artículo 3.1 Ley 16/03 y se señala que los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes que se

⁴ Véase la Orden SCO/3422/2007 que desarrolla el procedimiento de actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

⁵ El artículo 20.2 Ley 16/03 dispone que «en el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondientes al catálogo de prestaciones al que se refiere el artículo 7 de esta ley, que se aprobará mediante real decreto».

⁶ Véase también artículo 20.1 Ley 16/03.

específica en los anexos del RD 1030/2006 «siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione». Así, se concreta más adelante, el acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, detalladas en la cartera de servicios comunes, «se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares y de las Ciudades de Ceuta y Melilla». Por otro lado, en el apartado 6 del artículo 2 RD 1030/06 se recuerda que las prestaciones, cuya cartera de servicios se establece en los anexos numerados del I al VII que se incluyen en el RD 1030/06, se financiarán por las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencia y el sistema de financiación autonómica vigente.

El artículo 4 RD 1030/2006 señala tres deberes de los profesionales sanitarios que son muy importantes en el desarrollo del tema que trata este informe ya que el acceso a la cartera de servicios dependerá de que haya un diagnóstico de infertilidad o una indicación clínica previos. Por tal motivo se les recuerda (i) el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, evitando su inadecuada utilización. Junto a ese deber se recogen (ii) el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y su participación en las decisiones que les afecten y (iii) el deber de ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllas puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones, de acuerdo con lo regulado por la Ley 41/02, *Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*, y respetando la Ley Orgánica 15/99, *Protección de Datos de Carácter Personal*.

Por otro lado, el artículo 3 RD 1030/2006 señala que los servicios «tienen la consideración de básicos y comunes, entendiéndose por tales los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud». De tal forma que la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud «debe garantizar la atención integral y la continuidad de la asistencia prestada a los usuarios, independientemente del nivel asistencial en el que se les atienda en cada momento». El artículo 5 RD 1030/2006 señala que para la definición, detalle y actualización de la cartera de servicios comunes «se tendrá en cuenta la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo». Para ello se basa en una serie de criterios y requisitos. Así, previamente a su inclusión en la cartera, las técnicas, tecnologías o procedimientos que para su realización precisen utilizar un medicamento, producto sanitario, producto dietético u otro tipo de producto, resulta imprescindible que (i) los medicamentos estén autorizados para su comercialización de acuerdo con la legislación vigente, y se utilicen conforme a las especificaciones de su ficha técnica autorizada; (ii) los productos sanitarios, incluidos los implantes y los reactivos para diagnóstico *in vitro*, cuenten con el marcado CE para la indicación de que se trate, así como los restantes requisitos que establece el RD 414/1996, por el que se regulan los productos sanitarios⁷, y demás normativa de aplicación; (iii) los productos dietéticos estén inscritos en el Registro General Sanitario de Alimentos como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales; (iv) los demás productos sometidos a regulación específica cumplan la respectiva normativa vigente que les sea de aplicación.

Las técnicas, tecnologías o procedimientos para ser incluidos como parte de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, deberán (i) contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o

⁷ Véase la Ley 29/06, *Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios*.

disminución del dolor y el sufrimiento; (ii) aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente; (iii) cumplir las exigencias que establezca la legislación vigente en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos, productos sanitarios u otros productos.

No se incluirán en la cartera de servicios comunes aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos (i) cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada; (ii) que se encuentren en fase de investigación clínica, salvo los autorizados para uso compasivo; (iii) que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita; (iv) que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares. Tampoco se incluirán la realización de reconocimientos y exámenes o pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros. La exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento incluido en la cartera de servicios comunes se llevará a cabo cuando (i) se evidencie su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; (ii) haya perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico o no haber demostrado su utilidad sanitaria; (iii) deje de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente.

El artículo 6 RD 1030/06 señala que el contenido de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud correspondiente a todas las prestaciones se recoge en los anexos incluidos en el propio Real Decreto. El Anexo III, dedicado a la cartera de servicios comunes del ámbito de la atención especializada, incluye en el epígrafe 8, de la sección 3 del capítulo 5, la reproducción humana asistida y condiciona el acceso a la existencia o bien de un diagnóstico de esterilidad o bien de una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud. En dicho epígrafe se enumeran las tres técnicas incluidas en la cartera de servicios: (i) la inseminación

artificial; (ii) la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; (iii) la transferencia intratubárica de gametos.

En el ámbito autonómico encontramos una gran cantidad de normas jurídicas, en todos los niveles jerárquicos, que se refieren a la sanidad, la salud pública, los derechos de los usuarios y de los pacientes, los servicios sociales o la cartera de servicios pues ésta es una materia que ha sido transferida a la totalidad de las Comunidades Autónomas. Así, en cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas nos encontramos con una Consejería de Salud o de Sanidad que va a ejecutar la política sanitaria en su ámbito territorial con el fin de desarrollar y hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Como ya se ha señalado, el apartado 6 del artículo 2 RD 1030/06 establece que las prestaciones sanitarias, cuya cartera de servicios se establece en los anexos numerados del I al VII que se incluyen en el RD 1030/06, se financiarán por las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencia y el sistema de financiación autonómica vigente. Serán por lo tanto las Comunidades Autónomas las encargadas de garantizar que la cartera de servicios comunes, que es igual para todas ellas, se preste con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema. Recuérdense también que las Comunidades Autónomas, en virtud del inciso segundo del apartado segundo del artículo 20 Ley 16/03, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. La cartera de servicios comunes es el mínimo común denominador en todo el territorio nacional, esto es, constituye el suelo que no puede faltar si se quiere establecer una cartera de servicios autonómica, la cual actuará como complemento de la cartera de servicios comunes.

Pues bien, en el ámbito autonómico⁸, desde la entrada en vigor de la Ley 16/03 y el RD 1030/06, existe una tendencia hacia la asimilación de las prestaciones no incluidas en la cartera de servicios comunes, de forma tal que prácticamente han terminado por

⁸ Quiero agradecer a José Vida Fernández la ayuda prestada en la redacción de esta parte del informe.

generalizarse en todas las Comunidades Autónomas. Así ocurre, por ejemplo, con la prestación de atención dental a menores y la prestación de atención podológica a enfermos de diabetes. Por otra parte, junto a las prestaciones, las Comunidades Autónomas han dispuesto ayudas económicas con las que cubrir determinados gastos derivados de alguna enfermedad. Así ocurre, por ejemplo, con las ayudas para familiares de enfermos de Alzheimer o con las ayudas para personas con hemofilia o coagulopatías afectadas por VHC tras procesos de tratamiento en los servicios de salud. De igual modo, en el ámbito normativo autonómico se han desarrollado vía estatutaria o vía legislativa los derechos y las garantías contempladas en las Leyes 41/02 y 16/03, tales como el derecho a la segunda opinión médica, el derecho a la atención sanitaria en un tiempo determinado y el derecho a las instrucciones previas. Respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, en las normas consultadas no se produce una exclusión directa de las personas con VIH. Ni tan siquiera en la cartera de servicios de Aragón⁹ (donde se excluye expresamente a los pacientes con infección crónica por VIH de la prestación de cirugía plástica para el tratamiento de la lipodistrofia facial «en tanto no exista evidencia científica suficiente acerca de su efectividad y seguridad con relación a los posibles efectos sobre la calidad de vida y la integración psicosocial de los pacientes, y la cirugía del ronquido, salvo que se confirme síndrome de apnea obstructiva del sueño asociado a deformidades anatómicas en vías aéreas superiores o con alteraciones maxilofaciales») se produce la exclusión directa de las personas con VIH ya que se señala que se tendrá derecho a acceder a la prestación de reproducción humana asistida cuando haya diagnóstico de infertilidad y/o indicación clínica establecida, y de acuerdo con los programas y protocolos del Sistema de Salud de Aragón¹⁰, siendo las técnicas admitidas la

⁹ Véase el Decreto 65/07, del Gobierno de Aragón, y la Orden 12/07, del Departamento de Salud y Consumo.

¹⁰ Esta remisión a los programas y protocolos del Sistema de Salud de Aragón podría ser una posible vía por la que se limitase el derecho que tienen las personas que viven con VIH/SIDA a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. Esa misma *trampa* aparece en la redacción del Anexo III, epígrafe 8, sección 3, capítulo 5, del RD 1060/2006 pues condiciona el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, por un lado, a la existencia o bien de un diagnóstico de esterilidad o bien de una indicación clínica establecida y, por otro lado, a lo que dispongan los programas de cada servicio de salud. La existencia de este margen discrecional, situado en el nivel de la gestión hospitalaria de los servicios autonómicos de salud, puede hacer que se creen barreras que hagan más difícil el reconocimiento del tratamiento de esta enfermedad. La ausencia de medios materiales y las dudas existentes en torno a la necesidad y la eficacia de estos tratamientos se combinan de tal modo que

inseminación artificial; la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; o la transferencia intratubárica de gametos¹¹.

Las técnicas de reproducción humana asistida se regulan de forma general en la Ley 14/06, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, cuyo objetivo es solucionar los problemas de infertilidad y evitar la aparición o transmisión de enfermedades que carecen de tratamiento curativo una vez que se produce el nacimiento. Las técnicas de reproducción humana asistida que en este momento, según el Anexo incluido en la Ley 14/06, están acreditadas científicamente e indicadas clínicamente son la inseminación artificial; la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones¹²; y la transferencia intratubárica de gametos (art. 2.1 Ley 14/06).

La Ley 14/06 señala una serie de condiciones de carácter personal que son requisitos para su realización. Las primeras están en el artículo 3 Ley 14/06 cuando señala que las técnicas de reproducción asistida sólo se realizarán (i) cuando haya posibilidades razonables de éxito, (ii) no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y (iii) previa aceptación libre y consciente e informada.

llevan a denegar este tipo de tratamientos. Por ello, surge el contraste entre aquellas Comunidades Autónomas que han asumido la importancia y la fiabilidad de estos tratamientos y han dispuestos los medios personales, materiales y económicos para facilitarlos, y aquéllas que simplemente no prestan estos tratamientos. Para evitar la perpetuación de una situación contraria al derecho a la salud de las personas con VIH y conjurar la posible proliferación de recursos y sentencias, resulta de especial importancia la inclusión de forma expresa de estos tratamientos en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, de modo que no queda ninguna duda en cuanto a su cobertura por el sistema público (que, en cualquier caso, ya existe), y sobre todo, la actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que debe disponer las medidas necesarias para garantizar la prestación de estos tratamientos (derivaciones, etc.), así como unos parámetros comunes de carácter mínimo por lo que respecta a los requisitos exigibles, a los tratamientos aplicables, etc., que garanticen el acceso a estos tratamientos a las personas con VIH. Tal y como se señala en el *Informe FIPSE sobre Discriminación y VIH/SIDA*, una fuente de la que emanan tratos diferenciados no justificados la constituyen los reglamentos y protocolos internos de actuación tanto de instituciones públicas como privadas. Documento disponible en www.fipse.es/Informe_discriminacion.pdf

¹¹ En el documento que contiene el *Plan Multisectorial frente a la infección por VIH y Sida*, pp. 108-109, se señala que «en el momento actual las comunidades autónomas en sus unidades de infertilidad tienen incluidas algunas de las técnicas de reproducción asistida dentro de las prestaciones sanitarias o se encuentran en proceso de inclusión».

¹² Obsérvese que mientras en el RD 1030/06 se hace referencia a la transferencia de embriones, en la Ley 14/06 la transferencia es de preembriones.

El artículo 5.6 Ley 14/06 señala que los donantes deben ser mayores de edad, tener un buen estado de salud psicofísica y tener plena capacidad de obrar. Respecto al estado de salud psicofísica, se exige que, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, se determine analíticamente que no padece ninguna enfermedad genética, hereditaria o infecciosa transmisible a la descendencia. Por otro lado, el artículo 6.1 Ley 14/06 señala que podrá ser receptora toda mujer mayor de edad con plena capacidad de obrar que haya aceptado ser usuaria o receptora de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida. La disposición adicional quinta, por último, establece en su primer párrafo una garantía de no discriminación para las personas con discapacidad al señalar que «con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida».

2.2. Dictamen

A la vista de la exposición que se ha hecho de las normas vigentes en España que regulan el derecho de acceder a una serie de prestaciones y servicios sanitarios comunes en todo el territorio nacional, puede afirmarse que hay tres técnicas de reproducción humana asistida que están incluidas en la cartera común del Sistema Nacional de Salud a las que se tiene derecho a acceder siempre y cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida. También puede afirmarse que no hay ninguna limitación personal, más allá de algunos pequeños problemas teóricos a la hora de concretar la titularidad de algunas potestades que dimanen del derecho a la protección de la salud y a las prestaciones sanitarias. La limitación personal que podría extraerse de la Ley 14/06 al exigir que el donante deba tener un buen estado de salud psicofísica, lo cual significa que analíticamente debe demostrarse que no padece ninguna enfermedad infecciosa que sea transmisible a la descendencia, no es un obstáculo insalvable para los hombres con VIH ya que, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes, mediante la técnica del lavado de semen se logra separar el plasma seminal de los

espermatozoides, que están libres de virus, lo cual se comprueba con una simple prueba PCR negativa. La evidencia científica parece que demuestra que «el espermatozoide no es vehículo transmisor del VIH-1 y sí lo es el semen»¹³. Por lo que respecta a las mujeres con VIH, su acceso a las técnicas de reproducción humana asistida tampoco parece que se dificulte por su estado de salud psicofísica ya que la medicina basada en la evidencia y los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes demuestran que la transmisión vertical (perinatal) puede combatirse con la administración durante el embarazo de los medicamentos que actualmente están disponibles en el mercado para combatir la reproducción del VIH¹⁴.

Así, podemos dictaminar que, por lo menos, las personas con VIH que formen parte de parejas seroconcordantes o serodiscordante y tengan la nacionalidad española tienen reconocido legalmente el derecho a acceder a esas técnicas de reproducción humana asistida si tienen un diagnóstico de infertilidad o existe una indicación clínica.

Las técnicas de reproducción humana asistida no quedan expresamente excluidas para las personas con VIH ni de la cartera de servicios comunes ni de las carteras autonómicas de servicios. Si bien es cierto que tampoco hay una referencia expresa al caso que nos ocupa, evidentemente no se puede esperar que exista una referencia expresa y precisa a cada uno de los tratamientos, sino que debe considerarse a partir de las prestaciones incluidas en la cartera de servicios comunes de atención especializada.

¹³ Simón Marina *et alii*, "HIV y reproducción asistida. Reproducción asistida en parejas serodiscordantes (hombres seropositivos) al VIH-1: experiencia de 118 niños nacidos sanos", *Ginecología y Obstetricia Clínica*, 3:3, 2002, p. 149.

¹⁴ Comisión Asesora sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Cataluña, *Técnicas de Reproducción Asistida y VIH*, pp. 8-9: «El riesgo de transmisión madre-hijo del VIH en una mujer con control de la enfermedad es, como máximo del 1% al 2%. En general, los antirretrovirales que requiere la mujer infectada por el control de su enfermedad son suficientes para prevenir la transmisión vertical del VIH». Los problemas secundarios que puedan producir «son muy poco frecuentes y, en general, reversibles», por lo que «los beneficios obtenidos son muy superiores a los riesgos». Una vez que se ha producido el parto, el cual podrá realizarse tanto por cesárea como por vía vaginal, se recomienda no amamantar al bebé para evitar la transmisión vertical. Documento disponible en www.gencat.net/salut/depsalut/pdf/esrehuvih.pdf

Debe asegurarse el acceso por parte de las personas con VIH a dichas técnicas de reproducción humana asistida porque contribuyen eficazmente a tratar y a curar la infertilidad, elimina o disminuyen el sufrimiento de las personas y no tienen como finalidad ser una mera actividad de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares. Si se niega el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida a las personas con VIH, además de estar negándoles el acceso y el ejercicio de un derecho del que son titulares, se les estará faltando el respeto a su dignidad humana ya que se les está impidiendo formar una familia, lo cual supone vulnerar el artículo 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el artículo 23 de la *Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*¹⁵. Por otro lado, la denegación de acceso a uno de los servicios incluidos en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud supone que la persona con VIH pueda impugnar la decisión, primero, ante los órganos administrativos y, posteriormente, ante los órganos judiciales en el orden contencioso-administrativo si la decisión de denegación de la prestación proviene de un organismo de la Administración pública. Así, en la *Guía de Capacitación Legal* editada por CESIDA se describen los diferentes tipos de recursos que en la vía administrativa puede hacer valer la persona con VIH para reclamar el ejercicio de su derecho a una determinada prestación sanitaria¹⁶. Una vez agotada esta vía y siempre que se cumplan los requisitos de la Ley 29/98, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cabe interponer ante la justicia ordinaria un recurso contencioso administrativo ya que se ha producido por parte de la Administración pública la vulneración de uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro sistema jurídico. Esto significa que los ciudadanos pueden solicitar directamente la prestación a la que venimos refiriéndonos ante cualquier

¹⁵ Véanse el artículo 10.2 Constitución, «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», y el artículo 96.1 Constitución, «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)».

¹⁶ La *Guía de Capacitación Legal* puede consultarse en la página web de CESIDA www.cesida.org/index.php?option=com_events&task=view_detail&agid=99&year=2008&month=10&day=22&Itemid=85

servicio de salud autonómico y, ante una eventual desestimación, pueden acudir a la tutela judicial del Juez o Tribunal competente.

El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que forman parte de la cartera común de servicios debe realizarse en condiciones de igualdad tanto respecto a las personas que no son seropositivas al VIH como respecto entre los hombres y las mujeres que son seropositivas al VIH. En este sentido, tal y como se sostiene en el *Informe FIPSE sobre Discriminación y VIH/SIDA* de 2005, la perspectiva de género no debe olvidarse cuando se trata la cuestión de las técnicas de reproducción asistida ya que en el cuestionario utilizado en el ámbito sanitario se incluía una batería de preguntas sobre la atención, la información y las alternativas que se les presentaban a las parejas serodiscordantes. Pues bien, en el caso de que fuese el varón la persona seropositiva al VIH, en el 3% de los casos se desaconsejaba la reproducción, en el 13% de los casos se recomendaba la fecundación natural adoptando una serie de precauciones adecuadas y en el 84% de los casos se recomendaba el lavado de semen y la reproducción humana asistida para evitar los riesgos. Estos números no son desalentadores salvo cuando se comparan con los obtenidos de la misma pregunta pero siendo la mujer quien es seropositiva al VIH. En ese supuesto, en el 23% de los casos se desaconseja la reproducción, en el 16% se recomienda la fecundación natural con las adecuadas precauciones y en el 61% de los casos se aconseja la reproducción asistida. No obstante, es preciso reconocer que es necesario diferenciar nítidamente ambas situaciones ya que dependiendo de si es el hombre, si es la mujer o son ambos los que son seropositivos al VIH las medidas, las técnicas y los protocolos de actuación serán diferentes¹⁷.

Las garantías de accesibilidad y de movilidad antes expuestas suponen que el acceso a las prestaciones reconocidas debe asegurarse independientemente del lugar del territorio nacional en el que se encuentre el usuario del Sistema Nacional de Salud, lo

¹⁷ Véase el documento *Recomendaciones de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida, el Grupo de Estudios de Sida, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y la Asociación Española de Pediatría para el seguimiento de la infección por VIH con relación a la reproducción, el embarazo y la prevención de la transmisión vertical*, p. 12. El documento está disponible en www.gesida.seimc.org/pcientifica/fuentes/DcyRc_Recomendaciones_seguimiento_infeccion_VIH_en_la_reproduccion_embarazoyprevencion_transmision_vertical.pdf

cual es especialmente relevante por las diferencias que pueden existir en cuanto al acceso a los servicios comunes no ya entre las grandes ciudades como Madrid o Barcelona y los territorios insulares, Ceuta y Melilla sino entre el ámbito urbano y el ámbito rural.

Las personas con VIH tienen, pues, reconocido por la legislación española el derecho a acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud realizadas en el ámbito sanitario de la atención especializada que se refieren a la reproducción humana asistida. En este ámbito será de aplicación los principios de la Ley 41/02 recogidos en las Leyes 16/03 y 14/06, en virtud de los cuales toda actuación en el ámbito de la protección de la salud requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento se obtendrá una vez que el paciente o usuario haya sido adecuadamente informado. Dicha información permitirá al paciente decidir libremente entre las opciones clínicamente disponibles, lo cual implica el derecho a solicitar una segunda opinión (arts. 2 Ley 41/02 y 4 Ley 16/03)¹⁸. Por otro lado, y gracias a la garantía de tiempo, el acceso debe realizarse dentro de un plazo temporal máximo. En caso de no garantizarse dicho acceso en un plazo temporal máximo y razonable es preciso recordar, por si pudiera aplicarse por analogía, la solución dada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) en su sentencia de 12 de marzo de 2007, recurso núm. 4330/2006, en la que se desestima el recurso presentado por el Instituto Madrileño de Salud frente a una sentencia que le condenaba a abonar parte del coste de una intervención quirúrgica sobre un caso de lipoatrofia facial. En este caso, el Instituto Madrileño de Salud, tras admitir en 2002 el tratamiento de la lipoatrofia, en 2005 todavía no había facilitado la prestación reconocida, lo que motivó que el beneficiario acudiera a la sanidad privada para que le realizaran la intervención y posteriormente reclamar el reembolso de los gastos. El Instituto Madrileño de Salud consideraba que el pago de dicha cantidad no procedía pues, conforme al artículo 5.3 del antiguo Real Decreto 63/1995, no existía riesgo vital. El Tribunal rechaza la postura de la Administración sanitaria madrileña señalando que

¹⁸ En el *Informe FIPSE sobre Discriminación y VIH/SIDA* se descata que el 97% de los profesionales sanitarios informaban a las parejas serodiscordantes de los riesgos que entrañaba la decisión de tener hijos tanto para éstos por la posible transmisión vertical como para la pareja que no era seropositiva al VIH. El 3% restante directamente desaconsejaba que se tuvieran hijos.

«al efecto el supuesto de autos es, como deriva del relato histórico, un supuesto de denegación injustificada más que de urgencia vital. Y tal denegación no es cuestionable en cuanto el actor acudió a la medicina pública y esta accedió a su petición sanitaria (hecho probado 2º) sin cuestionar su derecho, si bien luego no solo no lo satisfizo tempestivamente, sino que, pasados casi dos años de la solicitud, se le denegó (hecho probado 8º). Carece de justificación la actuación del demandado que convierte en ilusoria, de facto, la prestación sanitaria que garantiza la ley a todos los beneficiarios de la seguridad social».

Las técnicas de reproducción humana asistida han demostrado clínicamente que son eficientes, efectivas, seguras y útiles terapéuticamente en las personas con VIH ya que, primero, en caso de parejas serodiscordantes evitan la seroconversión y, segundo, les permite formar una familia en la que la descendencia, por un lado, es genéticamente propia y, por otro lado, no son seropositivos al VIH. Así, por ejemplo, en aquellos embarazos en los que el hombre era seropositivo al VIH y las técnicas de reproducción asistida utilizadas se han ajustado a una serie de protocolos científicamente testados, no se ha producido la seroconversión de la mujer y los niños nacidos han sido genéticamente propios y seronegativos al VIH¹⁹.

Las personas con VIH necesitan que las Administraciones públicas, ya sea a nivel nacional o a nivel autonómico, garanticen el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida porque son un grupo menos protegido, más vulnerable, estigmatizado en muchos casos²⁰, y de no producirse esa garantía podría fomentarse la realización de conductas de riesgo ya que el deseo de tener hijos puede llevar a las parejas tanto serodiscordantes como seroconcordantes, en especial si su situación económica no les permite acudir a la sanidad privada, a practicar el coito vaginal sin protección, lo cual puede provocar que, en el primer caso, se produzca la seroconversión y, en el segundo

¹⁹ Simón Marina *et alii*, "HIV y reproducción asistida. Reproducción Asistida en parejas serodiscordantes (hombres seropositivos) al VIH-1: experiencia de 118 niños nacidos sanos", *Ginecología y Obstetricia Clínica*, 3:3, 2002, 146-150. Estos investigadores concluyen que si se sigue la metodología descrita en su trabajo, «el riesgo de transmitir el VIH-1 a través de espermatozoides lavados es inferior (cero por el momento) al observado en parejas serodiscordantes que efectúan coito no protegido.

²⁰ Véase Miguel Angel Ramiro Avilés, "El VIH/SIDA y el principio de igualdad", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 18, 2008, pp. 296-299.

caso, la superinfección con VIH distintos y con sensibilidad diferente a los retrovirales²¹.

Las normas legales que afectan al derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida no se fundamentan desde un punto de vista ético exclusivamente en el principio de autonomía, el cual está sometido a una condición perentoria como es la existencia de una indicación clínica o un diagnóstico de infertilidad, sino también en los principios bioéticos y deontológicos de beneficencia, no maleficencia y justicia. Respecto a éstos, garantizar el acceso de las personas con VIH a las técnicas de reproducción asistida permitirá señalar que el resultado obtenido sea ética y deontológicamente aceptable. Se hace el bien al paciente al reducir el estrés psicológico al que puede verse sometido si la única opción viable para tener descendencia es el coito vaginal sin protección²²; se evita hacer daño ya que no se producen seroconversiones ni en los progenitores ni en la descendencia y gracias a la terapia antirretroviral de gran actividad (TARGA) aquéllos tienen calidad de vida y esperanza de vida; y, en tercer lugar, se produce una distribución equitativa de las cargas y de los beneficios sociales permitiendo el acceso a unos servicios que van a ser sufragados por las administraciones sanitarias públicas²³.

Si las administraciones públicas no sufragan estos costes, entonces las personas con VIH que se encuentren en una situación social más desaventajada económicamente y deseen tener descendencia podrían verse avocadas a realizar comportamientos de riesgo manteniendo relaciones sexuales vía vaginal sin protección. Esto puede suponer que aumente el riesgo de transmitir la enfermedad que, si bien puede ser bajo,

²¹ Véase Francisco Vergara, "Bioética y reproducción asistida en parejas con VIH", p. 296. Documento disponible en www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia/documentos/Ponencias2005/etica_VIH.pdf

²² La reducción del estrés aumentaría la calidad de vida de las personas con VIH, lo cual es uno de los objetivos del *Plan Multisectorial frente a la infección por VIH y Sida. España 2008-2012*. Documento disponible en www.msc.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/planesEstrat/home.htm

²³ J. Hernández Núñez *et alii*, "Reproducción en parejas serodiscordantes para el VIH. Aproximación a la situación actual", *Medifam*, 13:2, 2003, p. 73, señala que en 2001, las *Recomendaciones de la Secretaría del Plan Nacional sobre el SIDA, el Grupo de Estudios de Sida, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y la Asociación Española de Pediatría para el seguimiento de la infección por VIH con relación a la reproducción, el embarazo y la prevención de la transmisión vertical* incluían como sugerencia la posibilidad de incluir el lavado de semen y su posterior inseminación artificial como una prestación del Sistema Nacional de Salud.

siempre y cuando el coito sin protección se practique exclusivamente durante el período periovulatorio, no es un factor que sea absolutamente despreciable. Este incremento del riesgo de transmisión tanto del VIH como de cualquier otra enfermedad de transmisión sexual no es éticamente aceptable ya que puede suponer obligar a dichas personas a realizar comportamientos de riesgos²⁴.

Por otro lado, si no se garantiza el acceso de las personas con VIH a las técnicas de reproducción humana asistida ya sea porque forman parejas serodiscordantes o parejas seroconcordantes con riesgo de reinfección, podría resultar inexplicable y contradictorio para la opinión pública que se sostenga que la única vía para que las parejas serodiscordantes o seroconcordantes con riesgo de reinfección puedan tener descendencia genéticamente propia sea realizar un comportamiento de riesgo, esto es, mantener relaciones sexuales vía vaginal sin protección durante los días de mayor fertilidad de la mujer.

Las políticas públicas en materia de VIH deben seguir insistiendo en la necesidad, en general, de que todas las personas eviten la realización de prácticas de riesgo y, en particular, de que las personas con VIH adopten medidas dirigidas a evitar la transmisión sexual del VIH, independientemente del deseo reproductivo²⁵. No se trata, en mi opinión, de reproducirse a toda costa y a cualquier precio sino de hacerlo de forma segura, y para garantizar esto las técnicas de reproducción asistida científicamente admitidas son un instrumento idóneo. No obstante, hay que recordar que cualquier método reproductivo que se utilice en parejas serodiscordantes conlleva algún riesgo, por pequeño que sea, de transmisión y, por tanto, los diferentes métodos

²⁴ Véase en sentido contrario Pablo Barreiro *et alii*, "Is natural conception a valid option for HIV-serodiscordant couples?", *Human Reproduction*, 22:9, 2007, pp. 2353-2358, donde se sostiene que la concepción natural es una opción válida para las parejas serodiscordantes bajo unas determinadas condiciones muy estrictas de carga viral. En estos casos también será imprescindible la realización de un exhaustivo estudio de fertilidad previo al deseo concepcional, el cual formaría parte de un consejo reproductivo más amplio. Como es obvio, si como resultado de dicho estudio de fertilidad se diagnostica un problema de fertilidad, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida es la única opción viable.

²⁵ Véase UNAIDS, *Sexually Transmitted Diseases: Policies and Practices for Prevention and Care*. Documento disponible en www.who.int/hiv/pub/sti/en/prev_care_en.pdf

de reproducción asistida tienen como objetivo disminuir al máximo posible el riesgo de transmisión, sin que ninguno de ellos sea capaz de garantizar la ausencia del mismo.

Queda por dilucidar la condición de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida pues se ha señalado que debe existir una indicación clínica o un diagnóstico de infertilidad. Pues bien, creo que puede afirmarse que la doctrina científica es unánime a la hora de afirmar que las técnicas de reproducción asistida están indicadas clínicamente ya sea porque las personas con VIH pueden tener un déficit de fertilidad²⁶, ya sea porque a toda costa debe evitarse la posibilidad de que se transmita el VIH al miembro seronegativo de la pareja. Cuestión distinta es qué técnica va a utilizarse si es el hombre, la mujer o son ambos quienes son seropositivos, aunque independientemente de si estamos ante parejas serodiscordantes o seroconcordantes es aconsejable realizar un estudio de fertilidad previo al deseo concepcional, el cual formaría parte de un consejo reproductivo más amplio²⁷.

En una pareja serodiscordante cuando es el hombre quien es seropositivo, la utilización de técnicas de reproducción asistida evita la seroconversión de la mujer aunque no hay unanimidad en cuanto a qué técnica debe emplearse: inseminación intrauterina o fecundación *in vitro* con microinyección espermática. El uso de alguna de estas dos técnicas debe estar garantizado por los problemas de fertilidad que pueden tener los hombres seropositivos pues «está comprobada la alteración en la producción de esperma sano y de calidad normal»²⁸.

Si, por el contrario, en la pareja serodiscordante es la mujer quien es seropositiva, la utilización de las técnicas de reproducción asistida se considera como una opción pues las mujeres con VIH que desean quedarse embarazadas tienen a su disposición otros dos procedimientos para intentar causar de manera *natural y espontánea* el embarazo. El primero consiste en que la pareja puede mantener relaciones sexuales

²⁶ Véase Francisco Vergara, “Bioética y reproducción asistida en parejas con VIH”, op.cit., p. 289.

²⁷ Comisión Asesora sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Cataluña, *Técnicas de Reproducción Asistida y VIH*, op.cit., p. 9, «como cualquier enfermedad asociada a un riesgo perinatal, el consejo preconcepcional es imprescindible. Las mujeres infectadas por el VIH deben planificar su gestació y deben estar informadas de las posibles complicaciones que puedan surgir».

²⁸ Francisco Vergara, “Bioética y reproducción humana asistida en parejas con VIH”, op.cit., p. 289.

con preservativo sin espermicida y vaciar posteriormente el contenido seminal en la vagina; el segundo es obtener el semen por masturbación e inyectarlo en la vagina, mediante jeringa. Ambos procedimientos son técnicas de inseminación muy simples que pretenden evitar la excesiva medicalización del proceso. No obstante, diversos estudios demuestran que la fertilidad de las mujeres con VIH puede ser menor pues la enfermedad podría deteriorar anticipadamente la calidad ovocitaria; o el virus podría «alterar la placenta al interferir en la transferencia de nutrientes esenciales a su través» o «influir directamente en el desarrollo anómalo del embrión»; o el virus podría tener una acción deletérea sobre el timo fetal; o «el mayor riesgo de infecciones de la madre aumenta las posibilidades de comprometer la fertilidad»²⁹. Este déficit de fertilidad conlleva que las mujeres seropositivas también tengan derecho a tener garantizada y a poder hacer efectiva la opción de utilizar las técnicas de reproducción humana asistida.

Sólo en el caso de que ambos miembros de la pareja estén infectados y en tratamiento antirretroviral efectivo, y no se plantee riesgo de reinfección, podría aceptarse las relaciones sexuales sin protección. Si, por el contrario, existe dicho riesgo, entonces la pareja podría o bien mantener relaciones sexuales con preservativo sin espermicida y vaciar posteriormente el contenido seminal en la vagina, o bien inyectar en la vagina el semen obtenido mediante masturbación. En estos casos de parejas seroconcordantes también debe garantizarse el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida pues, tal y como se ha señalado más arriba, es posible que el estudio de fertilidad lleve a emitir un diagnóstico de infertilidad.

Las personas con VIH, ya formen parejas seroconcordantes o serodiscordantes, tienen que tener garantizado el acceso a los mismos derechos, bienes y servicios que el resto de ciudadanos, y no pueden ser excluidos de los mismos atendiendo a razones que no son suficientes ni razonables a la hora de justificar el trato diferenciado. Así, su acceso a las técnicas de reproducción humana asistida debe garantizarse en condiciones de igualdad respecto al resto de personas ya que las personas con VIH cumplen con todos

²⁹ Ibidem.

y cada uno de los requisitos que se exige en la legislación pues pueden llegar a tener un diagnóstico de esterilidad y las técnicas están indicadas clínicamente y son eficaces, efectivas y seguras a la hora de evitar la transmisión vertical y de conseguir un embarazo.

Por último, la Ley 14/06 incluye en su disposición adicional quinta una garantía de no discriminación para las personas con discapacidad y, en mi opinión, esta previsión afectaría a las personas con VIH pues al finalizar la *III Conferencia sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos*, celebrada en Ginebra entre los días 25 y 26 de julio de 2002 bajo los auspicios de la Organización de Naciones Unidas, se revisaron las directrices internacionales sobre la materia que fueron aprobadas en 1996³⁰. La directriz número 5 señala que «los Estados deberán promulgar o fortalecer leyes antidiscriminatorias que protejan a los grupos vulnerables, las personas con VIH y las personas con discapacidades de sufrir discriminación tanto en el ámbito público como privado; garantizar la privacidad y confidencialidad y los principios éticos en la investigación científica sobre seres humanos; hacer hincapié en la educación y conciliación; y establecer recursos administrativos y civiles rápidos y efectivos». En relación con el asunto que concierne a este informe, esta directriz implica que los Estados deban dictar o revisar sus leyes antidiscriminatorias para que éstas protejan a las personas sintomáticas y asintomáticas con VIH, a las personas con Sida, a aquellas personas de las que se sospecha su seropositividad y a aquellos grupos que, sin ser de riesgo, son más vulnerables al VIH o al Sida (mujeres, niños, homosexuales, inmigrantes, personas que viven por debajo del umbral de la pobreza, personas desplazadas, presos, trabajadores sexuales, usuarios de drogas parenterales). En segundo lugar, se señala a los Estados el deber de dictar o revisar las leyes de discapacidad para incluir el VIH y el Sida en su definición de discapacidad. Por último, las leyes antidiscriminatorias y las leyes de discapacidad deberían cubrir no sólo aspectos relativos al cuidado médico sino también a la seguridad social, las prestaciones de bienestar, la reproducción y los derechos sexuales, el empleo, la educación, el deporte, el alojamiento, el acceso al

³⁰ *El VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Directrices Internacionales*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH y el SIDA. Documento disponible en http://data.unaids.org/pub/Report/2008/jcl1252_int_guidelines_es.pdf

transporte y a otros servicios, y deberían luchar por atajar tanto la discriminación directa como la indirecta³¹.

Esta directriz está marcando, en definitiva, un plan de trabajo en tres ámbitos para que las personas con VIH no sufran discriminación alguna: el primero será el ámbito general de la igualdad y no discriminación ya que señala a los Estados la obligación de usar el Derecho antidiscriminatorio para proteger tanto las personas con VIH cuanto a los grupos vulnerables de sufrir cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta; el segundo será el ámbito de la discapacidad ya que aboga por la consideración de las personas con VIH como personas con discapacidad por razón de su estado serológico; el tercero será el ámbito de las políticas públicas ya que señala la necesidad de trascender el modelo médico y encaminarse hacia un modelo social que incluya no sólo la atención sanitaria sino también aquellas prestaciones sociales que ayudan a las personas a realizar plenamente sus derechos³².

Aunque la Ley 14/86 no hace referencia expresa, pero el VIH y el Sida, en particular, y el estado de salud, en general, se incluyen en esa cláusula abierta que incorpora el artículo 14 de la Constitución cuando 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 mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en diversas resoluciones desde el año 1995 cuando ha interpretado las normas que conforman el cuerpo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, la Comisión ha señalado, primero, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos garantiza el derecho a una igual protección ante la ley y el derecho a la no discriminación por motivos de raza, color, propiedad, nacimiento u otro estatus; segundo, que el VIH y el Sida forman parte de esos estatus³³.

³¹ Véase Miguel Angel Ramiro Avilés, "El VIH/SIDA y el principio de igualdad", op.cit., p. 291.

³² Ibidem.

³³ Ibidem, p. 293.

La remisión que hace la Ley 14/06 a la Ley 51/03 está perpetuando un trato discriminatorio hacia las personas con VIH pues la Ley 51/03 no considera a éstas como personas con discapacidad por el simple hecho de confirmarse la presencia del VIH en el organismo de una persona sino que reitera el requisito del 33% incluido en los RD 1971/99 y RD 1169/02 para la obtención de la condición de discapacitado, lo cual dependerá de la valoración de las afecciones discapacitantes. La Ley 51/03 olvida que la simple presencia del VIH en el organismo de una persona ya es un motivo suficiente para que una persona sea discriminada socialmente. En este sentido, hubiera sido oportuno que esta Ley, siguiendo el modelo estadounidense, protegiese a las personas con VIH por el hecho de ser consideradas socialmente una persona con discapacidad³⁴. La *American with Disabilities Act* de 1990 y la Sección 504 de la *Rehabilitation Act*, según se ha interpretado por la jurisprudencia norteamericana³⁵, incluyen a las personas con VIH entre las personas con discapacidad, con independencia de ulteriores consideraciones sobre enfermedades asociadas, ya que «los mitos acumulados por la sociedad y el miedo hacia la discapacidad y la enfermedad son tan discapacitantes como las limitaciones físicas». Con independencia de si la persona es asintomática, la persona ha desarrollado los primeros síntomas o está en la fase Sida, la discapacidad se produce no sólo porque la persona tenga un daño físico o psíquico que sustancialmente limite la realización de una actividad cotidiana, o porque haya tenido ese daño físico o psíquico, sino también porque la persona es considerada por otros como si tuviera una discapacidad. Esto llevaría consigo un concepto amplio de discapacidad ya que «haría referencia a una situación caracterizada por la limitación o imposibilidad de ejercitar adecuadamente una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir adecuadamente la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad; como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos»³⁶. La discapacidad, la vulnerabilidad y la exclusión que sufren estas personas, no se construye sólo entorno a las enfermedades discapacitantes sino que en innumerables ocasiones dicha discapacidad, vulnerabilidad y exclusión es de carácter social al estar

³⁴ Rafael de Asís *et alii*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 53.

³⁵ D.T. Dickson, *HIV, AIDS and the Law*, Adine de Gruyter, New York, 2001.

³⁶ Rafael de Asís *et alii*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, *op.cit.*, p. 54.

alojada en la mente e imaginario de las personas. Las desventajas que presentan las personas con VIH tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a la plena participación de estos ciudadanos³⁷.

La consideración de las personas con VIH como personas con discapacidad les permitiría acceder a una serie de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. Las personas con VIH deben ser consideradas como personas con discapacidad atendiendo exclusivamente a su estado serológico con el fin de que puedan utilizar los instrumentos legales que proporciona el Derecho para luchar contra la discriminación y estigmatización que sufren, en especial, la justicia gratuita, la inversión de la carga de la prueba, la accesibilidad universal³⁸ y los ajustes razonables que deban hacerse para que aquélla sea real y efectiva³⁹. No se trata tanto de acceder a ciertas prestaciones sociales (pensiones contributivas o no contributivas) como de acceder a los medios de protección específicos para hacer valer su derechos como ciudadanos⁴⁰. En realidad, la accesibilidad es una condición *sine qua non* para que todas las personas, sin excepción, puedan llevar a cabo una vida autónoma y participar en la vida social⁴¹. En este sentido, la accesibilidad garantiza que *todas* las personas puedan disfrutar de sus derechos, independientemente de sus características personales o sus circunstancias sociales. La accesibilidad se vincula, por lo tanto, con la igualdad formal que permite reconocer a todas las personas los mismos derechos. La accesibilidad se convierte de esta forma en «una condición ineludible para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que permite considerarla

³⁷ Véase Miguel Angel Ramiro Avilés, “El VIH/SIDA y el principio de igualdad”, op.cit., p. 295.

³⁸ La accesibilidad se define en el artículo 2.c Ley 51/2003 como «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible».

³⁹ Los ajustes razonables son, según el artículo 7.c Ley 51/2003, «las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos».

⁴⁰ Véase Miguel Angel Ramiro Avilés, “El VIH/SIDA y el principio de igualdad”, op.cit., p. 305.

⁴¹ Rafael de Asís *et alij*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, op.cit., p. 66.

como un rasgo de su contenido esencial»⁴². Cuando se constata que dicho acceso igual no está garantizado a todas las personas, entran en juego los ajustes razonables, mediante los cuales se busca alcanzar la igualdad material pues se trata de «medidas adoptadas a fin de adaptar en entorno, los bienes y servicios a las específicas necesidades de ciertas personas, que por diferentes causas, se encuentran en una situación especial. Estas medidas tienden a facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto»⁴³.

La firma el 30 de marzo 2007 y posterior ratificación el 23 de noviembre de 2007 por parte de España de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada en el seno de Naciones Unidas en 2006, supone una gran oportunidad para las personas con VIH pues en dicho texto se enfrenta la diversidad funcional teniendo en cuenta la influencia que tienen los factores ambientales ya que sólo proveer tratamiento y cuidados médicos es un éxito relativo si se tiene en cuenta la vulneración de algunos de sus derechos básicos. Se aboga por un concepto amplio de discapacidad, atendiendo al modelo social que trata de imponer. Desde esta óptica, la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre las personas y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual, de la persona, sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

⁴² Ibidem, p. 107.

⁴³ Ibidem, p. 73.