

ASPECTOS ÉTICOS-LEGALES

L a pandemia VIH/SIDA y el derecho penal: Pluralidad de perspectivas

J. Fernández Entralgo

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. Madrid.

RESUMEN

La pandemia VIH/SIDA se ha convertido en una «enfermedad moral» o «social» que ha convulsionado el modelo occidental de convivencia, quebrantando el sentimiento de confianza en las relaciones interpersonales.

El SIDA no es sólo un problema de salud pública; se ha convertido en un problema de la sociedad. «Ninguna enfermedad, en la época contemporánea, nos ha impulsado tanto a interrogarnos sobre nuestra identidad, nuestros valores, nuestro sentido de la tolerancia y de la responsabilidad...» (Luc Montagnier).

La infección por VIH ha determinado que se produzca una estrecha interrelación entre los aspectos epidemiológicos, clínicos, psicológicos, sociales y legales, poniendo al descubierto la carencia de medios para detener la enfermedad y dar solución a los múltiples problemas que de ella se derivan.

A escala mundial el problema jurídico estriba en conciliar las medidas epidemiológicas con los derechos humanos evitando cualquier tipo de discriminación.

PLANTEAMIENTO GENERAL

«...En las dos últimas décadas -escribía, en 1989, Robert C. Gallo- la ciencia médica se ha jactado repetidamente, y con arrogancia, de haber doblegado las enfermedades infecciosas, al menos en los prósperos países del mundo industrializado. La aparición de retrovirus capaces de causar enfermedades extraordinariamente complejas y devastadoras ha puesto las cosas en su sitio. La naturaleza nunca se dejó domeñar del todo. Los retrovirus humanos y su compleja interrelación con las células humanas, constituyen un buen ejemplo...».

«...Nada hacía prever -reflexiona Javier Gafo, en la misma línea- cuando en 1981 se cita el primer caso de SIDA en Nueva York, que se iba a producir una situación similar. Las épocas de las grandes epidemias o pestes parecían haber sido relegadas al pasado de nuestra historia, gracias a las grandes victorias de la Medicina. Y, de repente, casi de improviso, la omnipotente Medicina tiene que comenzar a confesar su impotencia ante una enfermedad, inevitablemente mortal, para la que no existe un tratamiento adecuado, y en donde la esperanza de tener una vacuna preventiva no se dibuja en el horizonte cercano...».

No es de extrañar el pesimismo que flotaba en el ambiente de la IX Conferencia Internacional sobre el SIDA, ce-

lebrada en Berlín, en junio de 1993, y que se acentuó en la X Conferencia Internacional, que tuvo lugar en Yokohama, en agosto de 1994.

El SIDA, por lo demás, no es solo un problema de salud pública; se ha convertido en un problema de la sociedad. No constituye ninguna novedad. Luc Montagnier, en una obra, aún reciente, de divulgación, cita una relativamente temprana reflexión de Michiel Mafesoli, aparecida en *Libération*, el 27 de octubre de 1987: «...Las grandes epidemias no se caracterizan solamente por el número de enfermos y de muertos. Una enfermedad se convierte en el mal del siglo porque cristaliza, porque simboliza incluso la manera en que una sociedad vive colectivamente el miedo y la muerte. En ese sentido, la enfermedad importa tanto por sus efectos imaginarios como por sus efectos reales...». «...El SIDA -continúa Montagnier- no se escapa de esta regla: muy pronto salió del mundo médico para cuestionar los fundamentos mismos de nuestra sociedad. Presente en nuestra vida cotidiana, nos obliga a reflexionar y eventualmente a modificar nuestros comportamientos. Ninguna enfermedad, en la época contemporánea, nos ha impulsado tanto a interrogarnos sobre nuestra identidad, nuestros valores, nuestro sentido de la tolerancia y de la responsabilidad...».

La pandemia VIH/SIDA se ha convertido en una «enfermedad moral» o «social» que ha convulsionado el modelo occidental de convivencia, que-

brantando el sentimiento de confianza en las relaciones interpersonales, y la seguridad en la capacidad de control técnico y superación gradual de los conflictos. Ricardo Usieto concluye que el SIDA «...trasciende los arquetipos fundamentales de la salud pública, para convertirse en la relación social y humana, individual y colectiva de mayor significación de la última década...».

En 1982, Hersh contemplaba el cáncer desde la doble perspectiva de mito y de grupo de enfermedades. En menos de una década –escriben Salvador, Lluch y Canet– «...el SIDA ha sustituido al cáncer como «mito» social, con el agravante de que el SIDA es una enfermedad infecciosa que, hasta la fecha, ha afectado mayoritariamente a grupos de riesgo sobre los que existían estigmas sociales previos, y además se trata de una enfermedad para la que no existe tratamiento curativo en la actualidad...».

Fineberg anota que «...por su relación con la sexualidad, la sangre, las drogas y la muerte, el SIDA evoca temores e inhibiciones profundas del ser humano...». No duda, por ello, en aplicar al SIDA estas reflexiones que Susan Sontag dedicó originariamente al cáncer: «...Aunque la mixtificación de una enfermedad siempre tiene lugar en un marco de esperanzas renovadas, la enfermedad en sí... infunde un terror absolutamente extemporáneo. Basta ver una enfermedad cualquiera como un misterio, y temerla intensamente, para que se vuelva moralmente, si no literariamente, contagiosa... El contacto con quien sufre una enfermedad supuestamente misteriosa tiene inevitablemente algo de infracción: o peor, algo de violación de un tabú...». La propia Susan Sontag pudo escribir posteriormente: «...«Peste»: esta es la metáfora principal con que se entiende la epidemia de SIDA. Y por el efecto del SIDA, la errónea identificación del cáncer con una epidemia, hasta con una peste, parece alejarse: el SIDA ha banalizado el cáncer...». No se puede desconocer

–como ponen de relieve muy expresivamente Foyer & Khaïät– «... la angustia, quizás irracional, que provoca esta enfermedad ligada a la sangre, al sexo y a la muerte. Eros y Thanatos están, en este caso, íntimamente unidos...».

La pandemia VIH/SIDA se ha convertido, pues, en un fenómeno social de ámbito mundial, mientras la Medicina intenta trabajosamente contener su alarmante extensión y, a corto o medio plazo, de suavizar, al menos, sus más graves consecuencias.

«...Cuando la tecnología todavía es incapaz de proporcionar una solución para la extensión de la enfermedad, las gentes vuelven la mirada al Derecho...», advierte perspicazmente Levine; no, ciertamente, porque él tenga el poder taumáturgico de curarla, sino en busca de fórmulas razonables para solucionar los muchos, variados y complejos conflictos que la enfermedad plantea a la convivencia humana.

Sin embargo, la experiencia enseña que los primeros modelos de respuesta jurídica son, ante todo, de naturaleza coactiva, represiva. Se idean mecanismos de tratamiento coactivo, y aun de aislamiento, de infectados y de enfermos; se organizan comprobaciones generalizadas del estado de salud, en búsqueda de unos y de otros y, sobre todo, se acude a la amenaza penal.

No es novedad. Los criminólogos más críticos denuncian que, frente a un problema social de envergadura, se recurre instintivamente –y, en esto, no parece haber diferencias significativas entre ideologías y sistemas políticos– a su tratamiento punitivo.

La pandemia VIH/SIDA no constituye una excepción a esta aparente regla de hierro.

El estudio que sigue se centra en las dos cuestiones fundamentales, a saber, cómo proteger a las personas no infectadas frente al peligro de contagio, consecuencia de conductas intencionales o imprudentes de terceros, contagiados o no (la primera perspectiva por

orden cronológico de planteamiento), y cómo proteger a los infectados y enfermos frente a discriminaciones arbitrarias.

Al margen habrán de quedar problemas casi anecdóticos, como la discutible valoración jurisprudencial (Sentencias de 30 de mayo de 1990, 18 de febrero de 1992, 22 de mayo de 1992 y 25 de marzo de 1993; cuya doctrina comparten Romeo Casabona y Sánchez Caro) de la amenaza con una «inocente» jeringuilla, que poco atemorizaría si no estuviese supuestamente infectada por VIH como uso de instrumento peligroso, a los efectos de cualificar agravatoriamente un delito de robo con intimidación, a tenor del párrafo último del artículo 501 del Código Penal; o la influencia que, sobre la imputabilidad de una persona, pueden tener lo mismo el deterioro de la personalidad producido por el SIDA (el denominado «complejo demencia SIDA») o el temor patológico a un posible contagio, que ya dió lugar a una decisión judicial disminuyendo la responsabilidad penal en un caso de evasión de un interno en un establecimiento penitenciario, aterrorizado por la posibilidad de ser contagiado por un compañero de celda.

LA PROTECCIÓN DEL SEROPOSITIVO A VIH Y DEL ENFERMO FRENTE A LOS TRATOS DISCRIMINATORIOS ARBITRARIOS

El artículo 10.1 de la vigente Constitución Española, de 1978, proclama: «...La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social...».

A tenor de su artículo 14, «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad encabeza igualmente su repertorio de derechos del enfermo o, si se prefiere, de los usuarios de los servicios sanitarios, enfermos o no, con una realmente obligada referencia al derecho de todos «... al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical...» (artículo 10.1).

Pese a su longitud, merece la pena transcribir las reflexiones que hizo la asociación judicial Jueces para la Democracia, en su informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, a propósito de la discriminación por razón de enfermedad, suscribiendo ideas anticipadas, un año antes, por el Magistrado Conde-Pumpido Tourón.

«El miedo a la propagación del SIDA puede generar, y de hecho ha generado, en determinados sectores sociales, una «epidemia de prejuicios» que conlleva la generalización de actitudes discriminatorias contra quienes padezcan la enfermedad o sean portadores de anticuerpos. El fenómeno no es nuevo, pues históricamente las reacciones sociales, sobre todo de los sectores menos informados, frente a las enfermedades contagiosas y fundamentalmente las epidemias, han estado marcadas por grandes dosis de irracionalidad y primitivismo, no exentas en muchos casos de crueldad. Como destacó el informe español a la XVI Conferencia de Ministros Europeos de Justicia (Lisboa, junio de 1988), «la escasez y el primitivismo de los recursos sanitarios, la insuficiente información sobre la etiología de las enfermedades contagiosas,

la identificación de los impactos epidémicos con los fenómenos mágicos y religiosos, etc., no contribuían precisamente a facilitar una respuesta, individual o colectiva, acomodada a la verdadera realidad y entidad de esas situaciones de grave extensión de enfermedades contagiosas». Segregación del cuerpo social, expulsión del mismo, ejercicio de la justicia privada o, pura y simplemente, exterminio del afectado por el contagio epidemiológico,, han sido algunas de las más frecuentes reacciones con que, afortunadamente en tiempos pretéritos, se respondía ante las manifestaciones endémicas.

«Esta identificación entre «enfermo» y «culpable», históricamente fruto de la ignorancia y del pánico, se ve favorecida, en el caso del SIDA, por factores diversos entre los que cabe destacar el carácter mortal de la enfermedad y su proliferación inicial en grupos humanos (homosexuales, toxicómanos) que permiten a determinados sectores fomentar la segregación, marginación e incluso represión de estos enfermos, identificando, interesada y demagógicamente, enfermedad y vicio.

«No es de extrañar que, desde un primer momento, preocupase a las Autoridades Sanitarias, la necesidad de evitar la discriminación de estos enfermos y de fomentar un enfoque preventivo -y no represivo- del tratamiento de la enfermedad. Así, en la Cumbre Mundial de Ministros de Salud sobre programas de Prevención del SIDA (Londres, enero de 1988), se aprueba una conclusión en la que se destaca «la necesidad de que los Programas de Prevención del SIDA protejan los derechos humanos y la dignidad de las personas». La discriminación y la estigmatización de los sujetos infectados por el VIH y de los enfermos de SIDA socava la Salud Pública y debe evitarse.

«Asimismo, la XLI Asamblea Mundial de la Salud adopta en Ginebra el 13 de mayo de 1988 la resolución WHA 41.24 sobre la «Necesidad de evitar toda discriminación contra las perso-

nas infectadas por el VIH y las personas con SIDA», en la que la Asamblea se declara «firmemente persuadida de que el respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas por el VIH y de las personas con SIDA, así como de los miembros de determinados grupos de población, es indispensable para la eficacia de los programas nacionales de prevención y lucha contra el SIDA y de la estrategia mundial» e insta a los Estados miembros, entre otras cosas, a que «eviten toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la prestación de servicios, el empleo o los viajes». «La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su XLI Sesión Ordinaria, aprobó la Recomendación 116 (1989) referente a «SIDA y Derechos Humanos», en la que, «estimando que es primordial cuidar de que los derechos humanos y las libertades fundamentales no se pongan en peligro en nombre del miedo que inspira el SIDA» e «inquieta particularmente por las discriminaciones de que son víctimas algunos enfermos e incluso las personas seropositivas», «convencida de que un enfoque humanista es plenamente compatible con la lucha contra la enfermedad», termina recomendando al Comité de Ministros del Consejo de Europa el refuerzo de la Cláusula de no discriminación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, «bien añadiendo la salud entre los motivos de distinción prohibidos, bien elaborando una cláusula general de igualdad de trato ante la Ley»; e invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a «tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto a la confidencialidad y/o anonimato de las personas seropositivas o enfermas del SIDA».

«En el mismo sentido, la Unión Europea ha adoptado resoluciones que refuerzan esta misma política. Así, el Consejo de las Comunidades Europeas y los ministros de Sanidad de los Estados miembros, reunidos en el seno del

Consejo, aprobaron en Bruselas el 27 de noviembre de 1989, una Resolución relativa a la lucha contra el SIDA (10.048/89), que contiene un apartado específico de «lucha contra la discriminación», que establece expresamente: «1º Cualquier discriminación de las personas que padezcan el SIDA o infección VIH constituye una violación de los derechos humanos y, por sus efectos de exclusión y de estigmatización, va en contra de una política eficaz de prevención. 2º La libre circulación de personas, bienes y servicios en la Comunidad y la igualdad de trato establecidas en los tratados están garantizadas y deberán seguir estándolo. 3º Por consiguiente, conviene ejercer la mayor vigilancia posible para luchar contra cualquier forma de discriminación, en particular en la contratación, en el lugar de trabajo, en la escuela, así como en materia de vivienda y seguro de enfermedad. 4º Más concretamente, en materia de vivienda y de seguros privados sería conveniente buscar soluciones que concilien los intereses económicos con el principio de no discriminación».

La legislación sobre el SIDA en Argentina (Ley del SIDA número 23, de 16 de agosto de 1990) establece que no debe adoptarse ninguna regulación sobre el SIDA si viola la dignidad personal o resulta discriminatoria o tiene efectos marginalizadores para los afectados o posibles afectados. Impone el respeto de la dignidad individual, la confidencialidad médica y la intimidad, y prohíbe la marginación, la degradación y la humillación de las personas afectadas por VIH/SIDA.

En términos semejantes, la Ley de la extinta URSS sobre prevención del SIDA, de 23 de abril de 1990, estableció, en su artículo 8.4, que «... El despido, la negativa de trabajo, o de admisión en establecimientos médicos o educativos, la restricción de otros derechos y la limitación de los legítimos intereses de tales individuos sobre la única base de que son portadores del

virus, o están padeciendo SIDA, así como las restricciones del derecho de alojamiento y de otros derechos e intereses legítimos de parientes y allegados de una persona infectada, serán prohibidos».

La Ley francesa 90/1990, de 12 de julio, aprobada por unanimidad por la Asamblea Nacional de Francia sancionó los actos discriminatorios por razón de enfermedad, tanto si procede de una Administración (artículo 187.1) como de personas privadas (artículo 416, en ambos casos, del Código Penal francés).

La discriminación por razón de estado de salud o por minusvalía es considerada como delito por los artículos 225-1 y 225-2 del nuevo Código Penal francés, de 1992.

En un capítulo dedicado a los atentados contra la dignidad de la persona, se incluye el delito de discriminación. Consiste ésta en «...toda distinción hecha entre personas físicas por razón de su origen, de su sexo, de su situación familiar, de su estado de salud, de su minusvalía (handicap), de sus costumbres, de sus opiniones políticas, de sus actividades sindicales, de su pertenencia o no pertenencia a una supuesta, a una etnia, a una nación, una raza o una religión determinadas...» así como toda distinción que, por alguna de estas razones, se haga entre las personas físicas miembros de una persona moral (artículo 225-1).

La discriminación constituye delito (castigado con dos años de privación de libertad y multa de doscientos mil francos, cuando consiste en «... 1º, negarse a proporcionar un bien o a prestar un servicio; 2º, obstaculizar el normal ejercicio de una actividad económica cualquiera; 3º, negarse a emplear, o en sancionar o en despedir a una persona; 4º, subordinar la prestación de un bien o de un servicio a una condición fundada en uno de los factores contemplados en el artículo 225-1; 5º, subordinar una oferta de empleo a una condición fundada en uno de [dichos factores] ...»).

Sin embargo, estas disposiciones no son aplicables (artículo 225-3): «... 1º, a las discriminaciones basadas en el estado de salud, cuando consistan en operaciones que tengan por objeto la prevención y la cobertura de un peligro de fallecimiento, de riesgos para la integridad física de la persona, o de peligros de incapacidad laboral o de invalidez; 2º, a las fundadas en el estado de salud o en la minusvalía cuando consistan en una negativa de empleo o en el despido fundados en una ineptitud, comprobada médicamente ya dentro del marco del título IV del libro II del Código del Trabajo, ya en el de las leyes que contienen las disposiciones estatutarias relativas a la función pública...».

Romeo Casabona sugirió que la actitud discriminatoria por razones de enfermedad podría ser sancionada penalmente por la vía alternativa de los artículos 165 y 181 bis del Código Penal, aunque se adelanta a advertir que la descripción de las conductas prohibidas admite con dificultad la discriminación por razón de enfermedad o minusvalía, como no sea (y con no menores problemas) por la vía inmediata de su relación con un determinado comportamiento sexual.

El informe de Jueces para la Democracia afirma, en cambio, sin contemplaciones, que «...no existe en España una adecuada sanción penal de los comportamientos antidiscriminatorios por razón de enfermedad. En efecto, el antiguo Código Penal español contenía dos preceptos sancionadores de los comportamientos discriminatorios; el primero de ellos (art. 165) establecía que «incurrirá en pena de arresto mayor y multa de cien mil a un millón de pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón de origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindical, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviese derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando

los hechos referidos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad, o contra sus miembros por razón de origen, sexo o situación familiar de sus miembros, o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada». El segundo (art. 181 bis) establecía sanción a «los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165, quienes incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión».

«Dichos preceptos no contemplan la discriminación por razón de enfermedad. Dado que las leyes penales no pueden ser aplicadas de forma extensiva o analógica, con perjuicio del reo, la protección específicamente penal contra actuaciones discriminatorias por razón de enfermedad, requeriría una modificación del Código Penal similar a la realizada en Francia por la Ley 90/1990. Dicha modificación fue propuesta por un grupo de médicos y juristas, coordinados por SEISIDA y Médicos del Mundo-España, en reunión celebrada en Madrid el 22 de febrero de 1991. Pero a pesar de hacerse llegar al Ministerio de Justicia, no ha sido considerada. La sanción de la discriminación por razón de enfermedad no responde sólo a razones de justicia sino también a una política de Salud Pública, consciente de que el rechazo y la marginación del enfermo provocan su alejamiento de los servicios de salud y la ocultación de su condición ante el temor de las consecuencias negativas que en el plano social puede conllevar el conocimiento de su seropositividad. Por ello, la sanción de la discriminación es coherente con una política fundada en la información, la prevención, la confidencialidad, el consentimiento informado, etc...».

Ricardo Usieto ha puesto, además, de manifiesto, el positivo efecto preventivo de las actitudes no discriminatorias. «...En España, sectores muy definidos

siguen creyendo en la existencia de grupos y personas socialmente contaminados. Por lo que puede afirmarse que gran parte del éxito de la política de prevención del VIH/SIDA dependerá de la defensa estructural y orgánica, englobando en su totalidad a los hechos marginatorios, de estigmatización, de exclusión, finalmente, de la provocación en la contaminación social a que son sometidos. Concluimos expresando que aparece como imprescindible una ley antidiscriminatoria que redunde en la seguridad integral dentro de la estructura social, de las poblaciones expuestas a la epidemia señalada. Se entra, pues, en un capítulo diferenciador que supone la aplicación, en su conjunto, de los derechos humanos a los que la inmensa mayoría de españoles están adscritos, aun en torno a las personas que sufren la epidemia más devastadora de nuestro siglo ...».

Sintéticamente lo expresaban así, en su punto 6, los Ministros de Sanidad de todo el mundo que, el 28 de enero de 1988, redactaron la denominada Declaración de Londres:

«... Insistimos en la necesidad de que los programas de prevención del SIDA protejan los derechos humanos y la dignidad de las personas. La discriminación y la estigmatización de los sujetos infectados por el VIH y de los enfermos del SIDA socava la Salud Pública y debe evitarse (OMS, 1988) ...».

El artículo 491 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1994, (que figura dentro del epígrafe dedicado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, dentro del título genérico de delitos contra la Constitución) se hizo eco, finalmente, de estas demandas sociales (estudia Conde-Pumpido Touron) y, en su apartado 1, sanciona con las penas de seis meses a dos años de prisión, y multa de doce a veinticuatro meses, así como con la inhabilitación especial para em-

pleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, al «... particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, opción sexual, enfermedad o minusvalía, situación familiar o pertenencia o no a una raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho ...». A tenor de su apartado 2, las mismas penas serán aplicables «... cuando los hechos se cometieren contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón del origen, sexo, opción sexual, enfermedad o minusvalía o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinada...». En fin, conforme a su apartado 3, los funcionarios públicos que cometieron alguno de los delitos previstos en los apartados 1 y 2. «...incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años...».

La comparación con la legislación francesa permite apreciar el carácter restrictivo del Proyecto español, tanto en lo que se refiere al posible sujeto activo (limitado a funcionarios públicos y particulares encargados de un servicio público) como por lo que atañe a las conductas típicas, restringidas a la denegación de prestaciones a las que se tuviere derecho. Tal vez por inadvertencia no se incluyó la referencia a la enfermedad o minusvalía en el artículo 288 que tipifica el delito de discriminación en el trabajo o empleo público, que, en todo caso, ofrece dificultades interpretativas para abarcar la actitud discriminatoria en el acceso a dichos trabajo o empleo.

El NCP no altera sustancialmente el tratamiento de las figuras delictivas de discriminación contempladas en el Libro II, en el capítulo IV del Título XXI (delitos relativos al ejercicio de los dere-

chos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria). En su sección 1ª (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución), el artículo 511 dispone:

«1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».

Y agrega su artículo 512:

«Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión,

oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años».

Se mantiene la restricción de la conducta típica a la denegación de prestaciones a las que se tenga derecho (entre ellas, desde luego, la sanitaria), pero se amplía el marco de esa conducta al extenderla del ámbito del servicio público a cualquier actividad profesional o empresarial.

La descripción de la conducta prohibida no alcanza la negativa a contratar; determinada exclusivamente por una motivación discriminadora, sino sólo a la denegación de prestaciones a las que la persona discriminada tenga derecho legal o contractualmente.

En cambio, dentro del Título XV del Libro II, y a propósito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, el artículo 314 establece:

«Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses».

Se incluye ahora la discriminación por enfermedad o minusvalía, pero se mantiene su circunscripción a la que tenga lugar «en» el empleo, público o privado; expresión equívoca que sugiere (refuerza esta conclusión la alusión al restablecimiento de la situación de igualdad) la exclusión (y consiguiente atipicidad) del trato discriminatorio en el acceso al empleo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alventosa del Río J. Vidal Martínez J. Droit et SIDA en Espagne. En: Foyer J. Khaïat L. eds. Droit et SIDA. Paris: CNRS Droit. 1994; 173.

Bottke W. SIDA et droit en République fédérale d'Allemagne. En: Foyer J. Khaïat L. eds. Droit et SIDA. Paris: CNRS Droit. 1994; 21.

Burgstaller R.D. SIDA y Derecho Penal. La situación en Austria. En: Mir Puig S. ed. Problemas jurídico penales del SIDA. Barcelona; J.M. Bosch, 1993; 177.

Conde-Pumpido Tourón C. SIDA: Cuestiones legales. Discriminación y enfermedad: el enfoque humanista en la lucha contra el SIDA. I Congreso Nacional sobre el SIDA. Madrid 5-8 de marzo de 1991. Pub Of SEISIDA 1991; 2 (4): 196.

Conde-Pumpido Tourón C. SIDA: Cuestiones legales. Discriminación y enfermedad: el enfoque humanista en la lucha contra el SIDA. VIII Congreso. Los Derechos de las Minorías. Jueces para la Democracia. Sevilla. 21, 22 y 23; Octubre 1993. Madrid, 1994; 121.

Conde-Pumpido Taurón C. El contagio y la discriminación en el proyecto de Código Penal. III Congreso Nacional sobre el SIDA. La Corona, 7-10 de marzo de 1995. Pub Of SEISIDA. 1995; 6 (3): 248-249.

Foyer J. Khaïat L. Droit et SIDA. Comparaison internationale. En: Foyer J. Khaïat L. eds. Droit et SIDA Paris: CNRS Droit, 1994.

Foyer J. Khaïat L. Introduction. En: Foyer J. Khaïat L. eds. Droit et SIDA. Paris: CNRS Droit, 1994 7.

Foyer J. Khaïat L. Droit et SIDA: la situation française. En: Foyer J. Khaïat L. eds. Droit et SIDA Paris: CNRS Droit, 1994; 215.

Frisch W. Tipo penal e imputación objetiva. Madrid: COLEX, 1995.

Gafo Fernández J. Problemas éticos en torno al SIDA. En: Gafo J, ed. El SIDA un reto a la sanidad, la sociedad y la ética. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1989; 95. Herzberg R. Die Strafdrohung als Waffe im Kampf wegen Aids?. Nene Juristen Wochenschrift, 1987; 40 (I): 1.462.

Herzberg R. Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten unabgeschten Geschlechtsverkehr. Nene Juristen Wochenschrift, 1987; 40 (11): 2.283-2.284.

Herzberg R. D. SIDA Desafío y piedra de toque del Derecho Penal. En: Mir Puig, ed. Problemas jurídico penales del SIDA Barcelona: J.M. Bosch, 1993; 141.

Hirsch D. SIDA et droit en Australie. En: Foyer J, Khaiat L, eds. Droit et SIDA. París: CNRS Droit. 1994; 65

Hormazábal Malarée H. SIDA y derecho penal. Cuadernos jurídicos. 1. (1, octubre) 1992; 6.

Jueces para la Democracia. Observaciones críticas al proyecto de Código Penal. En: Jueces para la democracia. Información y Debate, 16-17, 2-3/1992; 169.

Lascoume P, Talpaert O. Droit et SIDA. Guide juridique. París; LGDJ, 1992.

Luzón Peña DM. Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho Penal Español. Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10 a 14 de diciembre. Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1992: 103.

Luzón Peña DM. Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA. En: Mir Puig S. ed. Problemas jurídico-penales del SIDA Barcelona: J.M. Bosch, 1993; 11.

Mir Puig S. Derecho Penal. Parte general. Barcelona; PPU, 1990. Mir Puig

S. ed. Problemas jurídico-penales del SIDA Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona: J.M. Bosch: 1993.

Mir Puig S, Silva Sánchez J.M, Luzón Cuesta DNI. Propuesta de un precepto contra la transmisión del SIDA. En: Mir Puig, ed. 1993; 175.

Nájera Morrondo R. SIDA, tendencias y discriminación. Pub Of SEISIDA 1991; 2 (6) 241-244

Nájera R. Virus y vacunas. En: JANO 1993; XLIV (1.023): 671.

Prittwitz C. Die Ansteckungsgefahr bei AIDS.. Ein Beitrag zur objektiven un subjektiven Zurechnung von Risiken. Juristische Arbeitsblätter 1987; (8/0); 427-440, (10) 486502.

Romeo Casabona CM. Algunos problemas jurídicos relacionados con el SIDA. Razón y Fe, 1097, 1990; 261.

Problemas del tratamiento jurídico del SIDA. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1995 (ejemplar mecanografiado).

Roxin C. Franz von Liszt y la concepción politicocriminal del Proyecto Alternativo. Problemas básicos del derecho penal. Reus, Madrid, 1976; 37.

Roxin C. Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes. Problemas básicos del derecho penal. Reus, Madrid, 1976; 181.

RuizVadillo E. La responsabilidad civil y penal del médico. La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada. Fundación Ciencias de la Salud. Doce Calles, Madrid, 1994.

Salvador L, Lluch J, Cardelús M, Ortega-Monasterio L. Aspectos médico-legales del SIDA. En: Salvador U, ed. Aspectos Psicosociales del SIDA. Monografías de Psiquiatría, II, (5, septiembre-octubre): 1990, 37-40.

Sánchez Caro J. SIDA: aspectos jurídicos. II Congreso Nacional sobre el SIDA, Bilbao, 2-5 de marzo de 1993. Pub of SEISIDA 1993; 4 (3): 155-156.

Sánchez Caro J. SIDA y Derecho. En: Valenciano, Usieto, eds. SIDA: Avances en el tratamiento médico y psicosocial. Madrid: CESA. 1994.

Sánchez Caro J, Giménez Cabezon JR. Derecho y SIDA. Madrid: Ed. Mapfre. 1996.

Schünemann B. Die strafrechtlichen Probleme des AIDSKomplexes. En: Busch, Heckmann & Marks, eds. HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe, Bonn, 1991; 93.

Schünemann B. Problemas penales de la transmisión y prevención del SIDA desde la perspectiva alemana. Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10-14 de Diciembre. Instituto Nacional de la Salud. Madrid. 1992; 27.

Schünemann B. Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA. En: Mir Pug S, ed. Problemas jurídico-penales del SIDA, Barcelona: J.M. Bosch, 1993; 25.

Schünemann B. Tracte especial per als infectats de SIDA que compleixen condemna i els problemes de les atenuacions de règim penitenciari, el règim obert, vacances, etc. Sida y presó: criteris de política jurídica. Iuris. Quaderns de Política Jurídica. 1994; (2): 87.

Sontag S. La enfermedad y sus metáforas. Barcelona; Muchnik, 1989. Sontag S. El SIDA y sus metáforas. Barcelona: Muchnik, 1989.

Vega Ruiz JA. Tratamiento jurídico del SIDA. Madrid: Colex, 1992.

Vidal Martínez J, Alventosa del Río J. Algunas cuestiones jurídicas que plantea en España la enfermedad del SIDA. JANO 1993; XLIV (1.034): 261.