



EL ACCESO DE PERSONAS CON VIH A LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.

**MASTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA
PROFESIÓN DE ABOGADO**

Presentado por: CRISTINA PÉREZ ASCASIBAR

Dirigido por: Prof. Dr. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 1 de febrero de 2017



ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
RESÚMEN	5
LA CLÍNICA LEGAL	6
ANÁLISIS JURÍDICO	
1. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	8
2. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA	9
3. ÓRGANO CON COMPETENCIA SOBRE EL CUERPO DE POLICÍA LOCAL	11
4. LA COMPETENCIA DEL AYUNTAMIENTO PARA REGULAR LAS BASES DE LA CONVOCATORIA DE OPOSICIÓN	13
5. DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SOCIALES	17
6. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS Y SUS PROPIOS LÍMITES	22
7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	31
8. DISCRIMINACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA LIMITACIÓN DE DERECHOS	34
9. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD	39
10. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON VIH PARA LLEVAR A CABO LAS FUNCIONES DEL CUERPO DE POLICÍA LOCAL	42
CONCLUSIONES – OPINIÓN PERSONAL	46
BIBLIOGRAFÍA	48
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	51

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de máster proviene de una consulta que llegó a la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, en la que se cuestionaba si sería posible que el Ayuntamiento de Valencia aprobase unas bases de convocatoria de oposición al cuerpo de Policía Local de dicho municipio sin que en ellas quedasen excluidas, con carácter general, todas aquellas personas que tuvieran VIH.

El motivo por el que he elegido este tema para elaborar mi trabajo de fin de máster es porque, mientras indagábamos al respecto de la cuestión planteada a fin de dar una respuesta correctamente fundamentada, pude darme cuenta de lo poco y mal informados que estamos la mayoría de los ciudadanos acerca del estado actual y los avances acerca de esta enfermedad. La sensación de las sociedades desarrolladas sobre el tema es que su contagio es algo que no se produce y que no afecta nada más que a determinados sectores de la población, quedando el resto despreocupados acerca de su alcance.

A raíz de esa consulta, de la elaboración del informe de respuesta, he descubierto las verdaderas barreras a las que se enfrentan las personas con VIH, más allá de lo que físicamente suponga tenerlo, en nuestra sociedad. Estas personas pueden ser completamente asintomáticas gracias a los avances médicos e incluso tener un riesgo mínimo de contagio y aún así ser discriminadas a la hora de contratar un seguro de vida o de salud, intentar obtener plaza en una residencia de ancianos o, como es objeto de este trabajo, para acceder a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en situación de igualdad al resto de ciudadanos.

Una vez tratado el motivo por el que he elegido este tema, me gustaría explicar que debido a que la consulta fue planteada desde Valencia, me centraré en la legislación local y en la competencia que puede tener concretamente sobre la materia, abordando en primer lugar la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma y el Estatuto de Autonomía de Valencia. Abordaré cual es el órgano competente dentro de la administración valenciana y las remisiones que las distintas leyes hacen hasta poder determinar en última instancia la competencia.

Esto da respuesta a la cuestión acerca de si es o no competente el Ayuntamiento de Valencia pero a continuación trataré de exponer los motivos por los que el desarrollo actual de las bases no es conforme a Derecho, en todo aquello que suponga una limitación de derechos que no cumple con lo establecido en la legislación nacional y supranacional, así como con los requisitos que la jurisprudencia ha ido determinando para que dicha limitación no conlleve un abuso, y con ello, la discriminación de las personas excluidas.

Una vez expuesta la parte clave del trabajo y haya quedado bien determinado el modo en que debe procederse para evitar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en relación a los principios rectores del acceso la función pública (*igualdad, mérito y capacidad*), trataré de explicar en qué consiste el VIH, sus formas de transmisión y la afectación sobre la capacidad para cumplir con las funciones inherentes al puesto de policía local de las personas que lo tienen. Esta parte es clave para determinar si existe o no vulneración de sus derechos fundamentales y si existe causa de discriminación debido a que sólo entendiendo esta parte podremos esclarecer si las medidas tomadas por el Gobierno y por el Ayuntamiento son proporcionadas, necesarias y las menos gravosas para cumplir con el fin de garantizar el derecho a la salud de todos los ciudadanos.

Por último terminaré el trabajo exponiendo mis conclusiones y opinión personal al respecto, dando señas acerca de cómo proceder si alguien, a raíz de lo expuesto, considerase vulnerados su derecho por las bases de la convocatoria.

Por tanto, puedo señalar como objetivo de este trabajo el aclarar conceptos "grises" o desconocidos al respecto de la enfermedad y que pueda ser empleado como herramienta de argumentación de aquellas personas que busquen recabar información para defender sus derechos.

RESÚMEN

La Constitución establece en su artículo 149 que el Estado tendrá competencia exclusiva sobre la seguridad pública pero esta facultad ha sido cedida a las comunidades autónomas, siendo ésta determinada por lo establecido en sus respectivos estatutos de autonomía. En el caso de Valencia se otorga a la Generalitat la facultad de crear un cuerpo de policía pero ésta a su vez delega en los alcaldes la jefatura de la policía, entendiéndose con ello su organización, formación y dotación. Sin embargo la potestad de regular las bases de la convocatoria de oposición corresponde al Consell de la Generalitat. En base a esto la respuesta a la pregunta de si es el Ayuntamiento de Valencia competente para regular las bases es negativa.

El motivo de la consulta es que dichas bases implican la exclusión generalizada de aquellas personas que tiene VIH. Jurisprudencialmente se han establecido los criterios a tener en cuenta a la hora de valorar si la limitación supone no discriminación, siendo estos criterios:

1. Que entre casos iguales exista una distinción justificada y objetiva
2. Que la finalidad perseguida sea objetiva y razonable
3. Que haya relación de proporcionalidad entre la medida tomada y la finalidad que se pretende.

La decisión de exclusión de personas con VIH desde el inicio de la oposición, evitando incluso que puedan participar en las pruebas físicas y médicas, supone la inobservancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad (rectores del acceso a la función pública), de los criterios jurisprudenciales anteriormente citados y una vulneración del derecho a la no discriminación debido a que en muchos casos en nada impediría la superación de las pruebas físicas (incluso si fueran endurecidas para corroborar la capacidad de los aspirantes con VIH) que avalaría que pueden cumplir con las funciones del cargo en igualdad con el resto de participantes.

LA CLÍNICA LEGAL

La Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá surgió en el curso académico 2012-2013.

La Clínica recibe consultas de particulares y asociaciones no gubernamentales que buscan ayuda legal al respecto de una diversidad de temas de todos los ámbitos jurisdiccionales, bien sean penales, laborales, frente a la Seguridad Social, derechos sociales, protección de datos, o asuntos civiles. Pero todos ellos con un punto en común, la relación con el VIH, discapacidades y enfermedades de cualquier índole, especialmente las raras.

A través de la intermediación de estas asociaciones o rellenando un formulario a su disposición en la página web de la Clínica o de las asociaciones, con la información necesaria para poder desarrollar el asesoramiento, los alumnos de la facultad de manera voluntaria y desinteresada elaboran la respuesta a las cuestiones planteadas manteniendo el anonimato, destacando que los voluntarios en la clínica firmamos previamente a participar un acuerdo de confidencialidad y secreto, por lo que toda la información que recibimos será tratada bajo esta norma incluso una vez terminado el voluntariado.

Estas respuestas son siempre supervisadas por el coordinador de la Clínica o un profesor experto en la materia a tratar, lo que sirve de guía y apoyo a los estudiantes. Mediante una plantilla debemos examinar la legislación y jurisprudencia aplicable, consultar todas las fuentes posibles de información para dar la respuesta más completa y desarrollarla de manera que pueda ser comprensible por personas que no tienen formación en Derecho ajustando las palabras utilizadas, cuestión de gran relevancia cuando tratas temas de enfermedades y asuntos tan sensibles. Supone un primer contacto con algo que deberemos aplicar en el día a día como futuros abogados.

Además, durante el curso, se organizan sesiones de formación sobre las materias más problemáticas o que puedan ser más recurrentes en las consultas que se reciben. Esto supone un plus en la formación de los estudiantes que participamos

en ella puesto que, además de formación con los profesores de la propia facultad, se organizan coloquios y conferencias con especialistas, entre los cuales yo he podido asistir a una sesión acerca de un tema tan interesante como la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos en el tratamiento de datos biomédicos como el ADN y la información genética en los proyectos de investigación, o el tratamiento de los datos médicos y la historia clínica de un paciente con observancia de la protección de datos, interactuando con profesionales del sector de la sanidad que explicaban los problemas con los que se enfrentaban al respecto o sus dudas, así como a la formación acerca de la regulación actual de los contratos de seguros.

Por tanto enriquece y amplía la formación en temas que o no se tratan o se hace de manera muy superficial a lo largo del grado y el máster.

Como participante de la Clínica, puedo decir que supone un primer contacto con el mundo jurídico mucho más allá de lo teórico puesto que hay que tener en cuenta los plazos para ejercer las posibles acciones, la investigación y examen de la jurisprudencia y la legislación aplicada a un caso concreto y todo ello sabiendo que al otro lado hay una persona que solicita tu ayuda y espera tu respuesta, a tener en cuenta que debe elaborarse con la mayor celeridad posible. He aprendido, he investigado, he profundizado en muchos temas y he sentido una enorme satisfacción de contribuir en esto.

ANÁLISIS JURÍDICO

1. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

«Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal»

«El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado»¹

Las competencias que estén expresamente otorgadas al Estado no podrán ser cedidas a las Comunidades. En el artículo 148 de la Constitución Española² se establecen expresamente cuáles se pueden transferir, incluyéndose en el apartado 1, 22º: *«la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica»*.

Para conocer cuáles tiene transferidas cada Comunidad hay que acudir a su Estatuto de Autonomía.

¹ Artículo 150 de la Constitución Española

² En adelante CE.

³ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

2. ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

El Estatuto de Autonomía³ reconoce a la Comunidad Valenciana no sólo con un ámbito máximo de competencias sino también con una estructura institucional plena al configurar un sistema parlamentario con tres instituciones básicas: Les Corts Valencianes, la Presidencia de la Generalitat y el Consell.

Tras las elecciones generales, el 9 de junio de 1979, el Consell Preautonómico acordó por unanimidad iniciar el proceso autonómico por la vía del artículo 151 de la Constitución.

El 25 de octubre del mismo año se remitía al Congreso de los Diputados y al Ministerio de Administración Territorial el acuerdo del 95% de los ayuntamientos de la Comunidad Valenciana, superando el 75% de municipios que representan la mayoría del censo electoral y dando cumplimiento a los requisitos contemplados en el artículo 151⁴ de la Constitución española.

La aplicación retroactiva de los requisitos adicionales de Ley Orgánica Reguladora del Referéndum⁵, primero, y los Acuerdos Autonómicos de 1981, posteriormente, obstaculizaron el proceso y no permitieron seguir la vía del artículo 151 de la Constitución, dando lugar a la conocida como "vía valenciana de acceso a la autonomía"; esto es, la aprobación del Estatuto por la vía del artículo 143 y la tramitación, simultáneamente al Estatuto, de una Ley Orgánica mediante la que se transferían competencias estatales a la Comunidad Autónoma con el objeto de equipararla a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, como norma institucional básica, establece los elementos constitutivos e identificativos de la Comunidad

³ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁴ El artículo 151 prevé un procedimiento especial de acceso a la autonomía, en virtud del cual se podía obtener, inicialmente, un mayor nivel de autogobierno, cumpliendo con unos requisitos más gravosos que los establecidos en el procedimiento común, regulado en el art. 143.

⁵ Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

Valenciana (denominación, territorio, lenguas, bandera e himno), así como los principios que rigen la política social y económica.

Respecto a la administración local, junto al reconocimiento del principio de autonomía de las corporaciones locales, el Estatuto de Autonomía establece la reserva de ley para delegaciones de ejecución de funciones y competencias en Ayuntamientos. En este contexto, las Diputaciones Provinciales son reconocidas como expresión de la autonomía provincial y actuarán como instituciones de la Generalitat Valenciana.

Otro ámbito de desarrollo legislativo del Estatuto es la seguridad pública: policías locales y su coordinación, espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, protección civil y gestión de emergencias.

La Constitución establece en el artículo 149.1.29º que el Estado tendrá competencia exclusiva sobre seguridad pública, pero además, establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios cuerpos policiales en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁶, que establece en su artículo 37 que «las Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos esté previsto podrán crear Cuerpos de Policía para el ejercicio de las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el artículo 148.1.22 de la Constitución y las demás que le atribuye la presente Ley».

⁶ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

3. ÓRGANO CON COMPETENCIA SOBRE EL CUERPO DE POLICÍA LOCAL

El artículo 55 del Estatuto establece al respecto que será la Generalitat el organismo encargado de la creación de un Cuerpo único de Policía autonómica, siendo por tanto la misma Generalitat el mando supremo, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales.

En este punto es preciso hacer una aclaración, pues tanto la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como el Estatuto de Autonomía de la Generalitat otorgan a la Generalitat la facultad de crear un cuerpo de policía autónoma, pero no la facultad de crear cuerpos de policía local.

Pues bien, aunque la Generalitat es competente para la coordinación de las distintas policías locales, *la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local⁷ establece en el artículo 124.4.j) que corresponderá al Alcalde de la Corporación Local la jefatura de la policía, de ahí la referencia a la dependencia de dichas policías a las respectivas autoridades locales.*

En este mismo sentido se pronuncia el Decreto 19/2003⁸ determinando en el artículo 3 que los Cuerpos de la Policía Local actúan bajo la superior autoridad del Alcalde o, en su caso, del Concejal que aquél determine.

Este Decreto establece la estructura, organización y funcionamiento de los Cuerpos de Policía Locales y fue dictado al amparo del ejercicio de la función de coordinación de la Generalitat antes mencionada.

Tal y como establece el artículo 1 del mismo, será de aplicación directa en los Ayuntamientos en que no exista un reglamento de Policía Local y los Ayuntamientos que sí cuenten con un reglamento deberán atenerse a los mínimos establecidos en esta norma a la hora de su aprobación.

⁷ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁸ Decreto 19/2003 de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana.

De acuerdo con lo establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Generalitat, la Comunidad Valenciana desarrolló la Ley 6/1999, de 19 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana. Dicha ley tiene por objeto, como señala su artículo 1, establecer los criterios básicos para la coordinación de la actuación de las policías locales en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio de su dependencia de las respectivas autoridades municipales.

En este punto, es necesario aclarar el inciso final del artículo que acabamos de mencionar «*sin perjuicio de su dependencia de las respectivas autoridades municipales*».

La ley 6/1999 aclara en su artículo 6 lo que se debe entender como Coordinación determinando que se entenderá por coordinación «*la determinación de los criterios necesarios para la mejor adecuación de la formación, organización, dotación y actuación de las policías locales al sistema y fines generales de la seguridad pública, dentro de los cometidos que tienen legalmente asignados, así como la fijación de los medios para homogeneizar las policías locales de la Comunidad Valenciana, a fin de lograr una acción que mejore su profesionalidad y eficacia, tanto en sus acciones individuales como en las conjuntas, sin perjuicio de la autonomía municipal*».

4. LA COMPETENCIA DEL AYUNTAMIENTO PARA REGULAR LAS BASES DE LA CONVOCATORIA DE OPOSICIÓN

Concretamente trataré la posibilidad de modificar el cuadro de exclusiones médicas en referencia a la exclusión de las personas con enfermedades inmunológicas como el VIH.

La ley 6/1999, anteriormente citada, desarrolla las funciones que le corresponden al Consell de la Generalitat. En el artículo 8.1.b) se establece que corresponde al Consell «la fijación reglamentaria de bases y criterios uniformes para la selección, formación, promoción y movilidad (...)». Asimismo, el artículo 33.1 que versa sobre las bases de las convocatorias establece que *«el Consell de la Generalitat fijará mediante Decreto los criterios de selección a que deberán atenerse las bases de las convocatorias que se aprueben por las Corporaciones Locales para la provisión de vacantes en los cuerpos de policía local, comprendiendo el procedimiento de selección, los niveles educativos y requisitos mínimos exigibles a los aspirantes, y el contenido básico de las pruebas selectivas a realizar teniendo en cuenta las exigencias constitucionales de publicidad, mérito, capacidad e igualdad, sin que en ningún caso pueda existir discriminación alguna por razón de lugar de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

En relación con el tema que nos ocupa hay que decir que el artículo 33.1 Bis de la ley 6/1999 establece en el apartado d) que uno de los requisitos necesarios para la participación en los procedimientos selectivos para el ingreso en la categoría de agente de policía local es no padecer enfermedad o defecto físico alguno que impida el desempeño de las funciones de acuerdo con los cuadros de exclusiones médicas que se establezcan reglamentariamente.

Debemos decir, que estos cuadros de exclusiones no están establecidos por dicha ley. No obstante, la Disposición Final Primera de la misma establece que «el Consell de la Generalitat Valenciana dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley». En virtud de lo establecido por esta disposición, la Consellería de Justicia, Interior y Administraciones Públicas,

desarrolla la orden que establece los criterios mínimos para la selección de los policías locales de la Comunidad Valenciana en las pruebas físicas, psicotécnicas y reconocimiento médico⁹.

En el Artículo Único de dicha orden se determina que «las pruebas físicas, psicotécnicas y el reconocimiento médico que se realicen en los procesos de selección para la provisión de puestos de trabajo para todas las escalas y categorías de las policías locales de la Comunidad Valenciana, se ajustarán al baremo que se establece los Anexos I, II y III de la presente orden». El Anexo II recoge el cuadro de exclusiones médicas a tener en cuenta en los procesos selectivos para la provisión de puestos de trabajo para todas las escalas y categorías de las policías locales de la Comunidad Valenciana. El apartado 10, bajo el título de «Otros procesos patológicos», señala como causa que excluirá al candidato las enfermedades inmunológicas sistémicas.

Las exclusiones del cuadro citado deben hacerse constar en la inscripción a la convocatoria del examen, suponiendo por tanto un primer filtro suponiendo la exclusión inmediata y no dando lugar al acceso al resto de pruebas que pudieran acreditar su validez como son las pruebas físicas y el examen médico.

El Título IV del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁰, en adelante EBEP, trata de la adquisición y pérdida de la relación de servicio, regulándose en su Capítulo I el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio. El EBEP, después de recoger que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad¹¹, determina que los procedimientos selectivos garantizarán esos principios y, además, los siguientes: publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de

⁹ ORDEN de 23 de noviembre de 2005, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administraciones Públicas, por la que se aprueba el baremo general de aplicación a los concursos de méritos para la provisión de plazas en los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana, por el turno de movilidad.

¹⁰ RDL 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹¹ Artículo 55.1 EBEP

selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y, finalmente, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección¹².

Las pruebas que integran el proceso selectivo deberán guardar relación con las funciones y tareas atribuidas a los puestos de trabajo a ocupar, una vez superado el procedimiento de selección.

El art. 61 EBEP, establece que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Añade que *«podrán exigirse reconocimientos médicos»*.

Así mismo el proceso selectivo incluye una fase de oposición, tratándose de la prueba teórica, y una prueba práctica. Esto supone que tras el examen médico y las pruebas físicas adecuadas podría quedar suficientemente acreditada la capacidad para las funciones inherentes al puesto que optan a ocupar todas aquellas personas que se encuentren dentro de algunas de las patologías genéricamente expuestas, a los efectos de evitar una exclusión general y valorar la validez a los fines interesados de cada aspirante.

De acuerdo con lo visto anteriormente y a modo de resumen, hay que decir que corresponde al Consell, entre otras funciones, determinar unos criterios uniformes de las bases de las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo. En virtud de esta competencia, se dictó la Orden antes citada, la cual establece un cuadro de exclusiones médicas al que se deberán atener las Corporaciones Locales.

En relación con esto, hay que tener en cuenta que las Corporaciones Locales tienen atribuida, en virtud del artículo 127.1.h) de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, *«la competencia de aprobar la relación de puestos de trabajo, las retribuciones del personal de acuerdo con el presupuesto aprobado por el Pleno, la oferta de empleo público, las bases de las convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo (...)»*. A pesar de dicha competencia, y a la vista de todo lo

¹² Artículo 55.2 EBEP

analizado, podemos decir que aunque son las Corporaciones Locales las que aprueban las bases de las convocatorias de selección, en este caso, es el Consell quien tiene la competencia para fijar unos criterios uniformes a los que deben atenerse las bases que aprueben dichas Corporaciones, en este caso, el Ayuntamiento de Valencia.

Como se ha visto, el Consell ha establecido como requisito que los candidatos no pueden padecer alguna de las enfermedades incluidas dentro de los cuadros de exclusiones médicas que se establezcan reglamentariamente. El Anexo II de la citada Orden determina como enfermedad que puede causar la exclusión, cualquier tipo de enfermedad inmunológica.

Por todo ello, entendemos que el Ayuntamiento de Valencia no es competente para modificar esta exclusión

5. DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SOCIALES

Las circunstancias sociales a las que hace referencia el artículo 33.1 de la Ley 6/1999, al hablar de discriminación por motivos sociales son, generalmente, a la situación económica; si es un persona nacional o inmigrante; formar parte de un grupo social minoritario como puede ser el de las personas con VIH o cualquier otra enfermedad; las circunstancias personales como madres solteras; etc.). En las enfermedades infecciosas es donde tradicionalmente más se han producido los fenómenos de estigmatización y discriminación.

De las escasas publicaciones e investigaciones recientes sobre esta temática, la mayoría se refieren a la discriminación por VIH/SIDA. El Informe FIPSE¹³ 2009 recoge las importantes barreras que las personas con VIH encuentran en el acceso al empleo. Según este estudio, la tasa de desempleo alcanza el 53% en esta población. El Informe FIPSE 2010 detectó importantes porcentajes de población con actitudes discriminatorias hacia las personas con VIH, el 58,8% de los encuestados se sentiría «algo», «bastante» o «absolutamente» incómodo si algún compañero de su hijo estuviera infectado por VIH; el porcentaje de incomodidad es del 30,8% cuando se pregunta por la posibilidad de tener compañeros con VIH en el trabajo; el 20% de las personas encuestadas estaría de acuerdo en que la ley obligara, en ciertos lugares, a separar a las personas con VIH.

La Constitución Española opta por una prohibición de discriminación abierta y flexible en su artículo 14, haciendo referencia de forma genérica a los motivos sociales o personales. Esto permite dar cabida a nuevas causas de discriminación que vayan apareciendo al hilo de los cambios sociales y económicos. Estas nuevas causas pueden venir recogidas en convenios internacionales o en la legislación interna o pueden directamente construirse en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo a través de un trabajo de argumentación.

Así el Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente diversas causas de discriminación¹⁴: «*sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición*

¹³ Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales

¹⁴ Artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del estado español». En el mismo sentido, el art. 4.2 c) que incluye además las causas de edad (dentro de los límites marcados por la ley) y discapacidad (siempre que el trabajador sea apto para el puesto de trabajo).

Algunas de estas causas no aparecen expresamente previstas en la Constitución ni en la normativa comunitaria, o al menos pueden añadir matices a estas previsiones. Las menciones al origen (más allá del racial y étnico) y a la condición social pueden utilizarse frente a discriminaciones relativas a la clase social o al lugar del que se proviene (ya sea un barrio o incluso un municipio, provincia o región, aunque no implique contenidos claramente étnicos) añadiendo matices a la causa formulada en el art. 14 CE como «nacimiento».

La clave para detectar una nueva causa de discriminación es el carácter estigmatizante de la categoría social empleada y su aptitud real o potencial para producir desigualdades sistemáticas derivadas de la categorización social.

Ha sido especialmente problemático en cuanto a las enfermedades. Este conflicto ha venido generado por una práctica empresarial muy extendida consistente en extinguir el contrato de los trabajadores cuando estos se dan de baja por enfermedad. En un principio, se planteó que las diferencias de trato por razón de enfermedad podían reconducirse a la discriminación por motivos de discapacidad, pero esta tesis ha sido desechada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11-12-2007 y 18-12-2007¹⁵) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE Chacón Navas, de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05) que dice:

¹⁵ STS 9075/2007, Sala de lo Social de 11 de diciembre: «El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001)».

STS 8885/2007, Sala de lo Social de 18 de diciembre: «Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001, la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o

«La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos

En efecto, según esta jurisprudencia para que una “enfermedad” pueda ser considerada como discapacidad, debe ser de larga duración y no de carácter puramente transitorio.»

En cuanto al carácter permanente o temporal de la limitación a causa de la enfermedad, el TJUE en su sentencia en el caso Daouidi, de 1 de diciembre de 2015, analiza si el hecho de que un trabajador se halle en situación de incapacidad temporal a causa de un accidente laboral no significa, por sí mismo, que su despido sea discriminatorio, y por tanto nulo, por razón de una discapacidad. El juzgador tiene que comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero».

Para determinar el carácter duradero de una limitación, se debe tener en cuenta, entre otros, que en la fecha en la que tiene lugar el supuesto hecho discriminatorio, la incapacidad de la persona en cuestión no presente una perspectiva clara de finalización a corto plazo, o pueda persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida de ese tipo. Además, para comprobar el carácter duradero de la limitación, el juzgado remitente debe basarse en los elementos objetivos de los que disponga, en particular, en documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión.

de los grupos sociales, `pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que `históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. En los términos de STC 166/1988 , se trata de `determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas# que han situado a `sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE».

Asimismo, en la sentencia del TJUE en el caso Danmark, de 11 de abril de 2013, el Tribunal determina lo siguiente:

«Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).

La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Contrariamente a lo que alegan DAB y Pro Display, una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional.

A este respecto, procede considerar que el concepto de «discapacidad», (...), debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, como aducen DAB y Pro Display, como una imposibilidad de ejercer tal actividad».

Posteriormente, se ha intentado argumentar que la enfermedad puede constituir una causa autónoma de discriminación no tipificada expresamente en la Constitución ni en la normativa de desarrollo.

A estos efectos, la STC 62/2008¹⁶, ha descartado que esta identificación pueda producirse con carácter general. Se trataba de un trabajador al que mandan una carta de despido basada en la supuesta defraudación de la buena fe contractual, que la empresa fundamenta en el hecho de que el trabajador, al inicio de su relación

¹⁶ STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008, Sala Primera.

laboral ocultó a la empresa la existencia de un cuadro clínico de enfermedad crónica que le había motivado numerosas bajas por incapacidad temporal en trabajos anteriores. El TC coincide con el TS en que no todo criterio de diferenciación ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues en ese caso la prohibición de discriminación (art. 14.2 CE) se confundiría con la igualdad de trato (art. 14.1 CE)

No obstante, esto sí puede suceder *«cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece»*.¹⁷

¹⁷ Véase también STS de 29 de enero de 2001, FJ 2º: *«en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en que resulte apreciable el elemento de segregación»*

6. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS Y SUS PROPIOS LÍMITES

Se utiliza la expresión de **límites** de los derechos fundamentales, en un sentido muy general, para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos.

El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Los límites o fronteras de los derechos se establecen teniendo en cuenta los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico.

Los derechos fundamentales, en función de su contenido, pueden englobarse según recoge PECES-BARBA, G.¹⁸ en su libro «*Derechos Fundamentales*» en:

1) *Los derechos personalísimos:*

- *El derecho a la vida y a la integridad física.*
- *A la libertad de pensamiento y de conciencia.*
- *Al honor y a la fama.*
- *A la libertad de expresión.*
- *A la objeción de conciencia.*

2) *Los derechos económico-sociales y culturales comprenden:*

- *El derecho al trabajo.*
- *Los derechos sobre las condiciones de trabajo.*
- *El derecho a la seguridad social.*
- *El derecho de huelga.*
- *El derecho a la libre sindicación.*

¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los derechos fundamentales.* Madrid 1980, 3ª edición

- *El derecho a la protección de la salud.*
- *El derecho a la cultura.*
- *El derecho al medio ambiente.*
- *El derecho a la vivienda.*
- *El derecho de autor.*

3) *Los derechos de Sociedad, de Comunicación, y de Participación son más amplios que los cívico políticos. Supone el reconocimiento del pluralismo estructural de la sociedad, el desarrollo del individuo en grupos sociales distintos del Estado, en la socialización:*

- *Reconocer la participación activa o pasiva del ciudadano en los distintos círculos sociales.*
- *Derecho de reunión.*
- *Derecho de asociación.*
- *Derecho de asilo.*
- *Derecho a la información.*
- *Derecho a la nacionalidad.*
- *Derecho a la libertad de residencia y circulación.*
- *Derecho a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones.*
- *Derecho a la no discriminación.*

4) *Los derechos cívico-políticos son aquellos que favorecen o hacen posible la democracia política. Son:*

- *Derecho a la participación política.*
- *Derecho de petición.*
- *Derecho de defender a España.*
- *Derecho a participar en el sostenimiento de los gastos públicos.*

Estos dos últimos se configuran como verdaderos derechos-deberes.

5) *Son derechos de seguridad de garantías de la libertad individual consagradas en el artículo 17, el derecho a la jurisdicción y a las garantías procesales y el derecho a la legalidad de las penas.*

Delimitar un derecho es establecer su contenido, determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho lo que determina sus contornos. Para delimitar el

contenido del derecho debe identificarse el ámbito al que se alude para posteriormente establecer el tratamiento jurídico que le da el precepto que reconoce el derecho, fijando así el contenido y alcance de la protección otorgada.

Todo derecho en este sentido es limitado ya que ampara sólo el contenido del derecho garantizado constitucionalmente, el cual tiene en cuenta el contenido de los demás derechos y bienes constitucionalmente establecidos.

La exigencia constitucional de respeto del núcleo básico o esencial de los derechos se encuentra en el art. 53.1 CE. Sin embargo, nada dice la CE acerca del concepto y alcance del contenido esencial de los derechos como reconoció el Tribunal Constitucional. La Constitución siempre prefigura el derecho y lo determina en su contenido esencial, pero en ciertas ocasiones no realiza su configuración, la cual la deja en manos del legislador en los casos que ella expresamente lo autoriza.

El Tribunal Constitucional señaló¹⁹ para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial, que en el art. 53 de la CE, cabe seguir dos pasos:

1. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho.

Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas.

En su sentencia lo expresa así: «...de modo que constituyan el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así».

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

2. Un segundo camino para definir el contenido esencial de un derecho sería, según el TC, tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos.

«Se puede entonces hablar de una especialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»

Según este criterio se vulneraría el contenido esencial de un derecho cuando queda sometido a limitaciones excesivas que lo hacen impracticable.

Asimismo declaró que no existen en el ordenamiento español derechos ilimitados, todos los derechos tienen sus límites. Esta idea de limitación de los derechos, responde a la pretensión de que el reconocimiento de un derecho no lleve, de facto, a una situación de abuso o de uso antisocial del mismo, y permite avalar la tesis de que para que todos los derechos reconocidos puedan ser ejercitados ninguno de ellos puede ser ilimitado.

Tal y como establece la profesora GÓMEZ en su libro "*Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*"²⁰, la clasificación de los límites de los derechos podría completarse de la siguiente forma:

1. Límites constitucionales.

- *Límites genéricos: Se refieren al sistema constitucional de derechos. Se pueden subclasificar en:*
 - *Límites derivados de los valores y principios constitucionales y de las exigencias del estado social y democrático de Derecho.*
 - *Límites derivados del mandato contenido en el art. 10.2 CE que obliga a*

²⁰ GÓMEZ, Yolanda. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. Editorial Sanz y Torres, 3ª Edición (2015), ISBN: 978-84-155-50976

interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades constitucionales, de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España.

- Límites colectivos: Cuando afectan a un grupo determinado de derechos constitucionales.
- Límites específicos: Cuando aluden a un solo derecho.

2. Límites internacionales

- Son los derivados de los compromisos de derecho internacional convencional adquiridos por el Estado mediante incorporación a organizaciones internacionales o los generados como consecuencia de la ratificación de convenios y tratados internacionales sobre la protección de los derechos y libertades o sobre sus garantías.

3. Límites derivados del Derecho de la UE

- Obligan a los estados miembros por aplicación del principio de competencia. La previsible aprobación de una futura Constitución europea definirá sustancialmente este aspecto.

4. Límites estatutarios y de desarrollo legal

- La legislación de desarrollo puede incorporar ciertos límites:
 - Límites generales: Si afectan al sistema de derechos en su conjunto.
 - Límites colectivos: Cuando afectan a un grupo determinado de derechos ya sean constitucionales o de configuración legal.
 - Límites específicos: Si aluden a un solo derecho constitucional o de configuración legal.

5. Límites jurisprudenciales

- Serían los límites definidos por la jurisprudencia (Tribunal Constitucional, Tribunal

Europeo de Derechos humanos, Tribunal de Justicia y tribunales nacionales ordinarios)

En el ámbito supranacional también se ha establecido la posibilidad de que los Estados establezcan límites a los derechos, así el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU²¹ señala que *«en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática»*.

Asimismo el Convenio de Roma²² establece que las restricciones que se establezcan deben responder a una finalidad cierta y ser aplicadas únicamente a los fines interesados, conforme a lo preceptuado en su artículo 18: *«Las restricciones que se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas»*.

El artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789²³ señala que *«el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos»*.

La Constitución no contiene un precepto en el que se traten los límites de los derechos fundamentales como tal, sino que son citados o tenidos en cuenta sin haber sido expuestos, por lo que el legislador ha establecido la posibilidad de

²¹ Declaración de las Naciones Unidas. París, 10 de diciembre de 1948. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950. Adoptado por el Consejo de Europa y con entrada en vigor en 1953.

²³ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

establecer dichos límites. El fin interesado con la limitación de derechos es que el uso que se haga de él no conlleve para otro sujeto una situación de abuso.

La jurisprudencia defiende el carácter limitado de los derechos, puesto que deben poder coexistir y ejercerse todos sin que unos se vean coartados por el ejercicio de otros y esto no sería posible sin la delimitación del ámbito en que está protegido su contenido, a los efectos de no solaparse con el ejercicio de otro y que, de ser así, se haga con las debidas garantías.

Toda limitación ha de estar justificada y amparada constitucionalmente. Además, no solo debe estar justificada sino que debe existir una proporcionalidad entre la restricción de un derecho y la finalidad del mismo, actuando este principio como límites de los límites²⁴

Con carácter general, toda restricción de derechos ha de venir respaldada por norma de rango de ley, en virtud del artículo 53²⁵ de la CE, pero el propio Tribunal Constitucional así lo ha refrendado

Esta idea la ha desarrollado, entre otras, en la sentencia 254/1988²⁶ con las

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 137/1990, de 19 de julio, (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990) «*todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de estar normativamente fundado y suficientemente motivado, ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido».*

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 81/1983 de 10 de octubre, (BOE núm. 266, de 07 de noviembre de 1983) «*límites que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente».*

²⁵ Aparatado 1, artículo 53 CE: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*».

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 254/1988, de 21 de diciembre, (BOE núm. 19, de 23 de enero de 1989)

siguientes palabras: «se produce así un régimen de concurrencia normativa de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos».

A este respecto, FREIXES SANJUÁN²⁷ Recoge en su trabajo «Los principales criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de Derecho en Europa» las distinciones que ha establecido el TEDH²⁸ entre derechos: «derechos absolutos (son solamente dos, la prohibición de tortura y de la esclavitud, que no tienen excepción en ninguna circunstancia); los derechos casi absolutos (la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales y de las penas, que tiene como única excepción los crímenes de guerra) y los demás derechos cuyo ámbito viene determinado por unas condiciones o excepciones justificadoras de interés público que se consideran compatibles con el núcleo del derecho reconocido, por afectar a los iguales derechos y libertades de los demás y necesarias y proporcionadas, por tanto, para la protección alguno de los fines de interés general previstos en el Convenio para cada derecho enunciado»

Supone la existencia implícita en cada derecho de unos límites al uso de los mismos

²⁷ FREIXES SANJUÁN, Teresa .Jurista española especialista en derecho constitucional, Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática de Jean Monnet ad personam. *Los principales criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de Derecho en Europa.* <http://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf> [Trabajo efectuado en el marco del Proyecto DGICYT «Integración europea y derechos fundamentales: Integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencia del Tribunal Constitucional» (PB93-0851)].

²⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también conocido como "Tribunal de Estrasburgo") es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio.

al verse confrontados con otros derechos o el mismo frente a otra persona, pero dichas limitaciones no se encuentran estipuladas en nuestro ordenamiento jurídico por lo que es el Tribunal Constitucional quien debe determinar y por tanto delimitar su extensión estableciendo el margen de actuación de cada uno.

Y esto es necesario debido a que el uso sin restricciones de un derecho o las excesivas restricciones de su contenido esencial puede causar la indefensión de aquel que no pueda ejercer su derecho por haberse visto vulnerado por otro derecho fundamental o por las limitaciones establecidas.

7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se ha expuesto con anterioridad, uno de los principios que rige a la hora de establecer limitaciones a los derechos y actuando a su vez como «límite de los límites» es la proporcionalidad. En este sentido se ha manifestado en multitud de ocasiones el TC, no solo en cuanto a la restricción de un derecho sino como criterio de interpretación en diversas cuestiones²⁹.

La proporcionalidad también se ve reflejada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³⁰. Según el Convenio solo se puede restringir una libertad o derecho fundamental cuando la finalidad que se pretende conseguir con ello sea necesaria, en el sentido que pudiera entenderse en una «sociedad democrática» para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo por lo tanto, cuando se plantea un caso de este tipo, ha de examinar que la restricción llevada a cabo por un estado sea conforme al principio de proporcionalidad. En concreto, ha examinado si la intervención estatal persigue algún fin legitimado en la Convención y si la medida restrictiva es necesaria, útil y proporcionada³¹

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/1982, de 15 de octubre, (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982): *«de acuerdo con las ideas anteriores, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o han infringido el principio de proporcionalidad»*.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 90/1983, de 7 de noviembre, (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983): *«el legislador no goza de omnímoda libertad, dentro del marco enunciado, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos (...) o que no sean justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente»*

³⁰ Convenio Para La Protección De Los Derechos Humanos Y De Las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

³¹ Véase los casos Dugdeon, contra Reino Unido (1981) Silver y otros contra Reino Unido (1983), y Barthold contra Alemania (1985).

Como recoge PERELLÓ DOMÉNECH en su artículo «Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional en su el derecho europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio»³², el principio de proporcionalidad consta de tres elementos: utilidad o adecuación, la necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad *strictu sensu*.³³

DOMÉNECH considera que estos elementos deben ser analizados de la siguiente manera:

- «La medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, es preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (**juicio de adecuación**)»
- «La medida ha de ser necesaria o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido de que no sólo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto a susceptible de alcanzarlo, sino que además debe ser imprescindible porque no hay otra menos gravosa para tal propósito (**juicio de indispensabilidad**)»
- «Ha de ser proporcionada, ponderada, equilibrada por derivarse de ella más beneficios que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (**proporcionalidad strictu sensu**)».

El Tribunal Constitucional utiliza este principio restrictivamente, a fin de evitar situaciones de abuso por la limitación de un derecho fundamental sin que dicha medida sea la más adecuada y menos gravosa de las posibles.

Es muy habitual que este principio sea utilizado en cuanto al derecho a la igualdad. El TC ha establecido en su jurisprudencia que para que el derecho a la igualdad no

³² PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. *Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional en su el derecho europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio*. Jueces para la democracia, Revista Jueces para la democracia. ISSN 1133-0627, N° 46, 2003, págs. 75-82

se vea vulnerado es necesario que exista una justificación a de la medida tomada y que ésta se base en un criterio objetivo y razonable, exigiendo la existencia de una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»³⁴.

El TC en su sentencia n° 66/1995, de 8 de mayo, establece que deberá ser analizado cada uno de los criterios enunciados para comprobar si la medida vulnera o no el derecho a la igualdad y a la no discriminación enunciados en el art. 14 CE. Citando textualmente su fundamento jurídico quinto:

«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»

³⁴ SSTC 22/1981, 34/1981, entre las primeras, posteriormente reiterada en múltiples ocasiones: SSTC 76/1990, 6/1991, 158/1993

8. DISCRIMINACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA LIMITACIÓN DE DERECHOS.

Es inevitable referirse a dos derechos fundamentales interconexiónados entre sí: la no discriminación consagrado en el artículo 14 de la CE³⁵ y el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2³⁶.

El principio de igualdad jurídica o igualdad ante la Ley del artículo 14 de la Constitución vincula a todos los poderes públicos [Administración, Poder Judicial y Poder Legislativo (artículos 9.1 y 52.1 CE)].

El derecho a la igualdad ante la Ley constituye el presupuesto fundamental del ordenamiento jurídico en los Estados democráticos de Derecho.

La igualdad significa que para la ley todas las personas son idénticas, y ninguna puede tener trato distinto basado en su condición socio-económica, política, religión, raza, credo, etcétera. Sin embargo, en ciertas situaciones, la ley puede proteger a la parte más débil de la sociedad, para que equilibre su condición con otros, por ejemplo, con la entrega de becas a alumnos sin recursos económicos.

El artículo 23 CE recoge tres derechos autónomos: el derecho a la participación política directamente o a través de representantes y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103.3 CE.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen de las leyes ha sido desdoblado por el Tribunal Constitucional³⁷ en dos derechos claramente diferenciados: el de acceso a cargo

³⁵ **Artículo 14 CE:** «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»

³⁶ **Artículo 23 CE:** «1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.; 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. »

³⁷ **STC 7/1989**, de 19 de enero.

público representativo y el de acceso a la función pública. El acceso a la función pública, la selección, sólo es legítima si los requisitos de mérito y capacidad se cumplen.

El desarrollo legal de este derecho va desde la norma legal a las convocatorias de los procesos de selección, que operan como regla de cada oposición.

Impedir que una persona con VIH pueda concurrir en las oposiciones al Cuerpo de Policía Local supone una vulneración de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo en su sentencia 319/2015, Sala de lo Contencioso, señala que: *«no se pueden imponer requisitos para acceder a la función pública que no sean referibles a los principios de mérito y capacidad. Ha de atenderse a la entidad real de la afección para tener por no apto a un aspirante y, en concreto, si afecta o no al desempeño de las funciones»*.³⁸

De ello se deduce que según el principio de proporcionalidad, ha de estarse al caso concreto de cada persona en cuestión, ya que no todos aquellos aspirantes tienen el mismo grado de afección y excluir de una forma genérica a todas las personas que padezcan el VIH supone la vulneración del principio citado.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, anteriormente referenciada, señala que la enfermedad de un trabajador puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los contemplados en el artículo 14 de la CE cuando el factor enfermedad sea considerado como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la actitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Desde luego, el principio de igualdad no exige un tratamiento idéntico a todas las circunstancias, en ocasiones puede requerir un tratamiento diferenciado.

³⁸ Véase también la STS 2185/2011, de 21 de marzo, acerca de la discriminación por imponer un límite de edad máximo de 35 años

El Tribunal Constitucional en sus sentencias 14/1985 y 2/1997 explica que para razonar acerca de la posible vulneración del derecho a la igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación o "tertium comparationis." Del mismo modo también será necesario, como hemos visto, que el trato diferenciador sea congruente. En la STC 114/1987 el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida.

Entre otras resoluciones el auto 209/1985, en el dice que «*toda alegación del derecho constitucional de igualdad necesita, para que su examen pueda ser realizado, un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, y este tertium comparationis tiene que ser una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos*».

La determinación del punto de vista es el «*tertium comparationis*», es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y va a plantearse si existe o no desigualdad entre ambas situaciones, va a formular un juicio de igualdad.

Para realizar el juicio de igualdad es preciso, en primer lugar, concretar si las situaciones que se pretenden comparar son iguales (*juicio de comparabilidad*); en segundo término, y una vez razonado que las situaciones son comparables, si concurre una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de esas situaciones (*juicio de razonabilidad*); y, por último, si las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato son razonables, por existir una relación de

proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (*juicio de proporcionalidad*).³⁹

Señala el TC en su Sentencia 71/2016, de 14 de abril que: «*el juicio de igualdad requiere que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las*

³⁹ STC 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 4.

situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1996, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5) (STC 156/2014, de 25 de septiembre). La regla o criterio igualatorio “puede ser sancionado directamente por la Constitución ... arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho ... Cualquier excepción o limitación temporal del criterio de igualación ha de tener una justificación razonable, que corresponde al Tribunal Constitucional examinar”. (STC 59/1982, de 28 de julio, FJ 3). »

Las condiciones para que el tratamiento diferente sea admisible aparecen reflejadas, por ejemplo, en la STC 209/1988, en la que se cita la jurisprudencia anterior:

«Para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias “resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente” (STC 75/1983, fundamento jurídico 2.º).⁴⁰»

⁴⁰ Véase también STC 22/1981, FJ. 3: “(...) aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vinculada y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”

En el ámbito del Derecho Europeo, el Tribunal de Derechos Humanos ha analizado el sentido y alcance del art 14 del Convenio⁴¹, entendiendo igualdad como no discriminación y considerando, como consecuencia, que no prohíbe toda diferencia de trato, admitiendo, pues, que no todo trato diferente comporta violación del Convenio, siendo únicamente incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio.

El TEDH sienta los criterios generales que permiten determinar si existe trato discriminatorio afirmando que la igualdad de trato queda violada cuando entre casos comparables la distinción carece de justificación objetiva en relación con la finalidad de los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.

También se ve violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

⁴¹ Convenio Para La Protección De Los Derechos Humanos Y De Las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. Art. 14: «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.* »

9. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Estatuto Básico del Empleado Público⁴² se sostiene en gran medida por los principios de igualdad, mérito y capacidad preceptuados en el artículo 103, apartado 3 de la CE⁴³.

Estos principios no se aplican únicamente de cara a la regulación de los métodos y condiciones de acceso a la función pública, sino que también están vigentes durante toda la carrera de los funcionarios, por ejemplo en los criterio de promoción interna.

Los principios de mérito y capacidad dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública.⁴⁴

Los principios de mérito y capacidad no se citan en el artículo 23.2 de la CE, no obstante son presupuesto del principio de igualdad en el acceso a la función pública.

En el fundamento jurídico sexto de su sentencia 138/2000 de 29 de mayo, el TC dispuso que:

«El art. 23.2 CE, al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes, concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función pública. No confiere

⁴² Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴³ Art. 103.3 CE: «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. »

⁴⁴ STC 50/1986. de 23 de abril: «el art.23. 2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre españoles»

derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad»

«la igualdad que la Ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el artículo 103.3 de la Constitución y no en el artículo 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones establecidas para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad».

Son en último término las bases de la convocatoria las que deben dotar de contenido en cada caso a estos principios.

No obstante, la jurisprudencia ha establecido pautas al respecto, señalando que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar en relación con la función a desempeñar (criterio objetivo), sin que puedan llegar a fijarse en atención a personas determinadas (criterio subjetivo), doctrina que se ha plasmado en el artículo 55⁴⁵ del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴⁵ **Artículo 55 EBEP:** «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. »

De este modo los requisitos establecidos en cada caso han de tener una justificación objetiva y razonable. No cabe establecer condiciones de acceso distintas al mérito y la capacidad, pero por otra parte, las condiciones de mérito y capacidad que se establezcan han de garantizar la correcta vinculación entre las pruebas a superar y los puestos de trabajo a desempeñar.

La Ley parece primar como criterio de selección de sus funcionarios los conocimientos, capacidades y habilidades demostradas a través de pruebas objetivas.

Se configuran como sistemas de acceso ordinario el concurso o concurso-oposición, que deberán incluir en todo caso una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

10. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON VIH PARA LLEVAR A CABO LAS FUNCIONES DEL CUERPO DE POLICÍA LOCAL

Para poder tratar el tema el acceso a la función pública de personas con VIH es necesario recordar primero en qué consiste esta enfermedad. Para ello la página web *infosida.es*⁴⁶ explica de qué trata el VIH y cuáles son los modos de transmisión de esta enfermedad:

«El VIH o Virus de la Inmunodeficiencia Humana es un microorganismo que ataca al Sistema Inmune de las personas, debilitándolo y haciéndoles vulnerables ante una serie de infecciones, algunas de las cuáles pueden poner en peligro la vida. »

«El Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida o sida es el estado de la infección por el VIH caracterizado por bajos niveles de defensas y la aparición de infecciones oportunistas producidas por otros agentes cuando las defensas inmunitarias de una persona infectada por el VIH son muy bajas.»

«Dentro del cuadro clínico del VIH se considera que una persona es seropositiva cuando está infectada por el VIH. La seropositividad se determina mediante la realización de un análisis de sangre que demuestra la presencia de anticuerpos específicos contra el VIH en un organismo infectado.»

Entre los principales modos de transmisión del VIH se encuentran:

- *Las relaciones sexuales sin protección con una persona infectada, ya que el VIH puede transmitirse a través de las membranas mucosas, como las que recubren el ano o la vagina*
- *La transmisión vertical de madre a hijo, ya sea de manera intrauterina, durante el parto o por la lactancia materna.*
- *La transmisión a través de sangre infectada, como al compartir agujas, jeringuillas u otros elementos punzo cortantes con restos de sangre infectada*

⁴⁶ <http://www.infosida.es/que-es-el-vih/transmision-del-vih>

o al transfundir sangre contaminada o sus productos derivados. También se puede transmitir a través de lesiones abiertas, heridas o cortes en la piel.

El VIH no se transmite por:

- *Las lágrimas, el sudor, la saliva, la tos o los estornudos.*
- *Convivir con personas que tengan el virus.*
- *Compartir objetos de uso común, la ropa o alimentos, duchas, lavabos o WC, piscinas, instalaciones deportivas o de ocio, espacio de trabajo, residencias, colegios, spa, balnearios y lugares públicos.*
- *Mordeduras o picaduras de animales, mosquitos u otros insectos.*
- *Donar o recibir sangre, en países donde el control es adecuado.*

En relación a la capacidad de las personas con VIH para trabajar y el riesgo de transmisión que supone para terceras personas el hecho de compartir el espacio de trabajo con ellas la Federación Trabajando en Positivo ha elaborado un informe al respecto de los riesgos que puede entrañar el VIH en las relaciones laborales⁴⁷.

En este informe se establece que no implica ningún riesgo de transmisión el mero hecho de compartir tu espacio de trabajo con una persona con VIH, *«ni siquiera en caso de una actuación de primeros auxilios como consecuencia de un accidente en el trabajo, tanto si se es la persona que ofrece los auxilios como si se reciben de una persona con VIH»*.

Esto se debe a la existencia de prácticas de seguridad universales enfocadas a evitar la transmisión de enfermedades de cualquier tipo de manera bidireccional, esto quiere decir que evitan el contagio tanto del auxiliado a quien presta el auxilio como

⁴⁷ **Federación Trabajando en Positivo.** *Informe ¿Existen profesiones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con VIH?* (2013). 13 p. <http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD17475.pdf>

en el sentido contrario. Estas medidas permiten eliminar el ligerísimo riesgo que podría existir para ello.

En base a estos motivos no existe ninguna profesión en la que se debiera excluir, de forma general, a las personas con VIH, teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del VIH a terceras personas (ya sean compañeros de trabajo o ciudadanos), ya que no existe ninguna justificación científica ni legal al respecto.

Más sensible puede ser el caso de las profesiones sanitarias, aunque el riesgo de transmisión del VIH al personal médico y paramédico, o de este a sus pacientes, desaparece si se adoptan las precauciones estándar de higiene recomendadas habitualmente en los hospitales.

Donde habría que extremar las medidas de prevención y valorar el riesgo es *«en aquellas profesiones sanitarias en las que se realizan tareas que supongan "Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposiciones" (PIPES)»*.

De esto se deduce que, en el desarrollo de la función inherente al cargo como policía, si se aplicaran las precauciones estándar de higiene, se reduciría el riesgo de transmisión por analogía a lo recomendado para las profesiones en las que en su día a día existe un riesgo mucho mayor de exposición al contagio de enfermedades. Por lo cual, no debería utilizarse como argumento en contra de su inclusión en dichos cuerpos.

Como ya se ha expuesto, para el acceso a los Cuerpos de Policía Local deben superarse unas pruebas tanto teóricas como físicas. La infección por el VIH no implica en si misma una disminución de la capacidad de trabajo, ni justifica el cese involuntario o la exclusión de trabajadores y trabajadoras de ninguna actividad laboral o profesión.

No existe justificación para que personas con VIH en fase asintomática fueran excluidas del ejercicio de estas profesiones.

La exclusión generalizada constituye una infracción de los derechos fundamentales de las personas que pese a vivir con VIH en base a la sentencia del TC 62/2008, anteriormente citada, puesto que se trata de la estigmatización de un colectivo por el mero hecho de tener una enfermedad, sin valorar el caso concreto de cada aspirante al puesto y siendo excluidos pese a ser perfectamente capaces de desarrollar las funciones inherentes al puesto.

Teniendo en cuenta los mecanismos de transmisión, es evidente que el puesto de trabajo no constituye un riesgo de transmisión del VIH, ni entre compañeros de trabajo, ni de un policía a un ciudadano o de un ciudadano a un policía y ni siquiera en caso de accidente en el puesto de trabajo donde se haya producido una herida con sangre.

En este último caso, simplemente es necesario adoptar las medidas higiénicas necesarias (medidas de protección universales⁴⁸), que son independientes al estado de salud de la persona auxiliada. Igualmente, un trabajador VIH+ que auxilie a un compañero no ha de tomar ninguna medida higiénico-sanitaria diferente a la del resto.

Cuando se toman las medidas de seguridad universales de prevención es muy difícil que se produzca la transmisión.

⁴⁸ Recordando que la función de estas medidas es evitar el contagio de forma bidireccional.

CONCLUSIONES – OPINIÓN PERSONAL

La respuesta a si era competente el Ayuntamiento de Valencia para eliminar la exclusión es negativa, puesto que el órgano competente es el Consell de la Generalitat en virtud del artículo 33 de la Ley 6/1999 de la Generalitat Valenciana, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana

Como se ha expuesto, la limitación del derecho al acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado debe cumplir con los requisitos asentados jurisprudencialmente para poder ser considerada como no discriminatoria.

En mi opinión:

- a) *Exclusión de una persona, con plena capacidad física para superar las pruebas de la oposición (teórica, física y médica) en igualdad de condiciones al resto de aspirantes a la plaza, por el hecho de tener VIH.* El juicio de comparabilidad sería observar que entre personas con capacidades iguales, la que tiene VIH se ve excluida desde el inicio de la oposición.
- b) *La actual justificación de esta medida es garantizar el derecho a la salud de todos los ciudadanos junto a la falta de capacidad para el desempeño de las funciones inherentes al puesto.* Esta finalidad no es ni objetiva ni razonable, no legitima la desigualdad creada en tanto que el riesgo de contagio entre miembros del cuerpo y con los ciudadanos se evita con las medidas de protección universales, que suponen la eliminación de la posibilidad de transmisión en ambas direcciones. Hay que evocar que un policía que no tenga esta enfermedad y preste auxilio a un ciudadano o compañero debe tomar las mismas medidas con el fin de no ser transmitido ni transmitir ninguna enfermedad, por lo que siempre y en todo lugar debe quedar obligatoriamente cubierta esta posibilidad. Así mismo cabe pensar qué pasaría en el caso de que el VIH fuera sobrevenido tras la obtención de la

plaza, en este caso deberían tomarse igualmente las medidas de protección universales sin que esto deba suponer la salida del cuerpo de policía.

- c) *La medida por la que actualmente se opta es la imposibilidad de que una persona con VIH puede presentarse a la convocatoria, siendo descartado en la fase inicial, sin oportunidad de demostrar que cumple con los principios de mérito y capacidad en igualdad de condiciones.* Esta medida no es proporcionada, bien es cierto que hay personas con VIH cuya capacidad física se ve mermada pero también hay quien, gracias a los avances de la medicina, tiene unos valores de virus en sangre que lo hacen prácticamente indetectable y con muy escasas posibilidad de transmitirlo desembocando en un estado físico perfectamente apto para el puesto. Recordaré que las oposición se compone de una prueba física seguida de una prueba teórica y un control médico. Pues bien, en base a esto si las pruebas físicas exigen los mismos parámetros para valorar la capacidad de todos los aspirantes y consideran que una persona con VIH no podrá superarlos, entonces la medida adecuada y menos gravosa para sus derechos sería permitir el acceso a la misma incluso, si fuera necesario, con un endurecimiento de dichas pruebas para constatar que son perfectamente capaces. No obstante, no es la única prueba física, mediante la exploración médica deberían comprobarse todos estos aspectos, estableciendo un control adicional, si lo considerasen conveniente, para verificar que siguiendo el tratamiento una persona con VIH puede cumplir con las funciones de policía local en igualdad de condiciones.

En base a todo lo expuesto en este trabajo, considero que la exclusión sí es discriminatoria y quiebra con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La justificación en la no transmisión del virus no es una cuestión acreditada por el Gobierno, contando con las constantes reivindicaciones y manifestaciones de los organismos encargados de defender las personas con VIH y los estudios médicos que apuntan a que dicha discriminación se debe a la clasificación del VIH como enfermedad infecto-contagiosa, sosteniendo que una patología infecto-contagiosa es aquella cuyas vías de transmisión no se pueden controlar, como el cólera, la tuberculosis o la gripe, que se contagian a través del aire, el agua, los insectos o el contacto con la piel, lo que no ocurre con el VIH, refiriéndome a lo antedicho acerca de los modos de transmisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ CAMPOY CERVERA, I. *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*. Editorial S.L. - DYKINSON, 2007.
- ❖ CLAVERO ARÉVALO, M., *España, desde el centralismo a las autonomía*, Barcelona, Editorial Planeta, 1983, 222 p.
- ❖ MARTÍN MATEO, R., *Comentarios al Estatuto de autonomía de la Comunidad autónoma Valenciana*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, 686 p.
- ❖ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1980, 3ª edición.
- ❖ PULIDO QUECEDO, M. *El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Civitas. Madrid, 1992.

– ARTÍCULOS DE REVISTA Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- ❖ AGUIAR DE LUQUE, L., Los límites de los Derechos Fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril 1993.
- ❖ ARRIBAS LÓPEZ, E. Infección por VIH y acceso a la función pública: análisis de un caso particular y derivaciones de carácter general. *Diario La Ley*, nº 7405, Sección Doctrina, 19 mayo, 2010.
- ❖ FREIXES SANJUAN, T. *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las principales construcciones*

jurisprudenciales del tribunal europeo de derechos humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa.

<http://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20ODE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf>

- ❖ GARCÍA GARCÍA, M.J, *Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público. Revista Jurídica de Castilla y León, n° 15, 2008.*
- ❖ PERELLÓ DOMÉNECH, I., *Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional en su el derecho europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio. Jueces para la democracia, Revista Jueces para la democracia, n° 46, 2003, págs. 75-82*
- ❖ RUBIO LLORENTE, F., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción. Revista Española de Derecho Constitucional, n° 31, enero-abril 1991.*

– OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

- ❖ FEDERACIÓN TRABAJANDO EN POSITIVO. *Informe ¿Existen profesiones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con VIH?, 2013. 13 p.*
<http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD17475.pdf>
- ❖ INFOSIDA, <http://www.infosida.es/que-es-el-vih/transmision-del-vih>
- ❖ FIPSE, *Informe Integración laboral de las personas con VIH*, Editores AGUIRREZABAL, A., FUSTER, M.J., VALENCIA, J., 2009. 196 p.
- ❖ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo*, n° 200, Ginebra, 2010.

- ❖ FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO, FEDERACIÓN TRABAJANDO EN POSITIVO Y LA FEDERACIÓN ESTATAL DE LESBIANAS, GAIS, TRANSEXUALES Y BISEXUALES, *Guía acción sindical y VIH*, Madrid, diciembre de 2013.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

LEGISLACIÓN

- ❖ Declaración de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, París.
- ❖ Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, Roma.
- ❖ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 26 de agosto de 1789.
- ❖ Constitución Española, 29 de diciembre de 1978.
- ❖ Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.
- ❖ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- ❖ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- ❖ Ley 7/1982, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- ❖ Ley 6/1999, de 19 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana.
- ❖ Decreto 19/2003, de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana.
- ❖ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- ❖ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- ❖ Decreto 19/2003, de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana.
- ❖ Orden de 23 de noviembre de 2005, de la Consellería de Justicia, Interior y Administraciones Públicas, por la que se establecen los criterios mínimos para la selección de los policías locales de la Comunidad Valenciana en las pruebas físicas, psicotécnicas y reconocimiento médico.

JURISPRUDENCIA

- ❖ Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dugdeon contra Reino Unido, 1981.
- ❖ Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Silver y otros contra Reino Unido, 1981.
- ❖ Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Barthold contra Alemania, 1981.
- ❖ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, caso Danmark.
- ❖ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2015, caso Daouidi.
- ❖ Sentencia del Tribunal Supremo nº 502/2001, Sala de lo Social, de 29 de enero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Supremo nº 9075/2007, Sala de lo Social, de 11 de diciembre.

- ❖ Sentencia del Tribunal Supremo n° 8885/2007, Sala de lo Social, de 18 de diciembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Supremo n° 2185/2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo.
- ❖ Sentencia del Tribunal Supremo n° 319/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de enero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 11/1981, de 8 de abril.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 22/1981, de 2 de julio.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 59/1982, de 28 de julio.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 62/1982, de 15 de octubre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 81/1983, de 10 de octubre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 90/1983, de 7 de noviembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 14/1985, de 1 de febrero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 50/1986, de 23 de abril.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 29/1987, de 6 de marzo.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 114/1987, de 6 de julio.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 209/1988, de 10 de noviembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 254/1988, de 21 de diciembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 7/1989, de 19 de enero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 137/1990, de 19 de julio.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 66/1995, de 8 de mayo.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 148/1996, de 25 de noviembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 2/1997, de 13 de enero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 138/2000, de 29 de mayo.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 181/2000, de 29 de junio.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 1/2001, de 15 de enero.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 200/2001, de 4 de octubre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 62/2008, de 26 de mayo.

- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 156/2014, de 25 de septiembre.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 71/2016, de 14 de abril.
- ❖ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 198/2016, de 28 de noviembre.