CLÍNICA LEGAL EN DERECHOS FUNDAMENTALES
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Tutora académica: Blanca Rodríguez Ruiz (Prof. Titular de Derecho Constitucional)
Tutora externa: Olga Burgos García (abogada)
Tutor externo: Manuel Pérez Cuajares (abogado)

Curso 2017-2018

CONSULTA formulada por la asociación ADHARA

¿Es conforme a derecho que las personas VIH positivas se vean excluidas de entrar a formar parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado?

INFORME

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO. III. MARCO NORMATIVO. 1 Derecho a la igualdad y a la no discriminación. 2 Acción de los poderes públicos. 3 La salud como causa de discriminación. IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO Y COMPARATIVA CON OTROS ÁMBITOS (EL PERSONAL SANITARIO). V. PROPUESTA

I. INTRODUCCIÓN

En este informe elaborado a través de la Clínica Legal de Derechos Fundamentales de la Universidad de Sevilla, a petición de la asociación Adhara, abordaremos el caso de la discriminación de las personas portadoras de VIH en el acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Muchas personas que padecen el VIH se encuentran excluidas en el acceso o el disfrute de determinados servicios o bienes, en ocasiones de titularidad privada, y en otros muchos de titularidad pública, e incluso en el ejercicio o la protección de algunos de sus derechos.

De modo constante, la normativa que regula el acceso a diversos servicios o bienes establece, entre los requisitos para dicho acceso, el de no padecer 'enfermedades infecto-contagiosas' o alguna cláusula semejante, cláusulas guiadas todas ellas, desde un punto de vista teleológico, por una voluntad obvia de controlar posibles riesgos para la salud pública. Las personas que viven con VIH quedan, en estos supuestos, excluidas de la posibilidad de disfrutar de esos bienes o servicios. Ello se debe normalmente a dos reacciones frente a esta normativa: en algunos casos, las instituciones responsables, ante la constatación de que la persona es portadora del VIH, le deniegan el acceso a esos servicios. En otros casos se produce una discriminación anticipada, que se traduce en la autoexclusión de la persona, al constatar que ser portadora del VIH es causa de denegación del acceso a dichos servicios, no llegándose aquí a confirmar formalmente la exclusión.

Uno de los problemas que dan lugar a estas exclusiones es la de la catalogación de la enfermedad como "infecto-contagiosa" por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ante dicha situación, ciertos colectivos como el Grupo de Estudio del Sida (GeSiDA), de la de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica (SEIMC), han hecho un llamamiento a los grupos políticos con representación parlamentaria, tanto a nivel estatal como autonómico, con el objetivo de conseguir que se cambie dicho concepto, pasando a considerarse la enfermedad como "infecto-transmisible" en vez de como "infecto-contagiosa". Para ello nos recuerdan que una enfermedad infecto-contagiosa es aquella que puede transmitirse a otra persona, por ejemplo, en el seno de una relación laboral normal, como el caso de la tuberculosis cuando es bacilífera. En el caso del VIH, los expertos afirman: "*La causa del SIDA es la infección con los retrovirus humanos VIH-1 o VIH-2. Estos virus se transmiten por contacto sexual; por la transfusión de sangre o productos hematológicos contaminados, cuando se comparten ajugas o jeringas contaminadas; durante el parto o en la etapa perinatal de la madre al hijo; o por la leche materna. No se ha comprobado que el virus se pueda transmitir en forma casual o por contacto familiar, o por insectos, como mosquitos. Los profesionales de la salud y el personal laboratorio que trabaja con muestras infectadas por VIH tienen un riesgo profesional confirmado, aunque pequeño, de contraer la infección. El riesgo de que un profesional transmita VIH a sus pacientes a través de un procedimiento cruento es muy bajo*"[1]. Como se puede ver, el VIH no es una enfermedad infecto-contagiosa, sino infecto-transmisible, ya que sólo puede transmitirse por contacto con fluidos que contengan el virus, en concreto, sangre, semen, secreciones vaginales o leche materna.

A esto hay que añadir que ya en la actualidad existe un tratamiento antirretroviral (TAR), que consiste en el uso de medicamentos por parte de la persona portadora del VIH, cuyo objetivo es

[1] Longo, Fauci, Kasper, Hauser, Jameson, Loscalzo; (2013) "*HARRISON. MANUAL DE MEDICINA*"; 18ª edición; McGrawHill Education; páginas 728 y 729.

impedir que la infección se reproduzca, reduciendo la concentración de VIH en el cuerpo, y que ayudan a las personas que lo padecen a llevar una vida más larga y sana.

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO

Una vez presentada de forma general la situación de las personas portadoras en el VIH, y atendida definición de la enfermedad que nos proporcionan los expertos en la materia, se abordará el caso concreto que vamos a analizar en este informe.

Una persona portadora de VIH desea saber si, por su condición serológica puede ser excluida de la actual oposición al Cuerpo Nacional de Policía, y en caso afirmativo, si dicha exclusión también se daría en el acceso al Cuerpo de la Policía Local de Sevilla.

Las normativas aplicables a estos dos casos concretos son las siguientes:

- *Orden de 11 de enero de 1988 por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, del Ministerio del Interior* [2]

  "*4.3.7 otros procesos patologicos: diabetes, enfermedades transmisibles en actividad, enfermedades de transmision sexual, enfermedades inmunologicas sistemicas, intoxicaciones cronicas, hemopatias graves, malformaciones congenitas, psicosis y cualquier otro proceso patologico que, a juicio del tribunal medico, limite o incapacite para el ejercicio de la funcion policial*."

- *Orden de 22 de diciembre de 2003, por la que se establecen las pruebas selectivas, los temarios y el baremo de méritos para el ingreso, la promoción interna y la movilidad a las distintas categorías de los Cuerpos de la Policía Local, (Comunidad Autónoma de Andalucía)*[3]

  "*13. Sistema inmunitario y enfermedades infecciosas.*
  13.1. Enfermedades transmisibles en actividad.
  13.2. Enfermedades inmunológicas sistémicas.
  13.3. Otros procesos patológicos que, a juicio de los facultativos médicos, dificulten o limiten el desarrollo de la función policial."

Como se puede comprobar, en ambas normativas se establece un cuadro de exclusiones médicas que, en caso de concurrencia en una persona, imposibilitan su acceso al cuerpos en cuestión. De su lectura podría deducirse que el VIH, aunque no se cite textualmente en ninguna de las normas, se encuentra dentro de ambos cuadros de exclusión. De ser así, y teniendo siempre en cuenta lo expuesto en la introducción de este informe, ¿estaría justificada la exclusión

[2] (BOE-A-1988-1072).
[3] Publicado en el BOJA, número 2, de 5 de enero de 2004.

de una persona por el hecho de ser seropositiva? Para responderla es obligado analizar el marco normativo en el que se encuadran ambas situaciones.

III. MARCO NORMATIVO

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

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."*

En este artículo se reconocen dos derechos: uno a la igualdad, y otro a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Si el derecho a la igualdad se traduce en el derecho a no sufrir un trato diferenciado peyorativo sin justificación objetiva y razonable, el derecho a no sufrir discriminación añade a lo anterior una dimensión social o colectiva, al prohibir todo trato peyorativo e injustificado de que una persona pueda ser objeto, no ya a título individual, sino por su pertenencia a un determinado colectivo social. En concreto, el derecho a no sufrir discriminación prohíbe que este trato diferenciador peyorativo pueda estar vinculado a diferencias sociales históricamente arraigadas, de las que el art. 14 CE ofrece una lista no exhaustiva, diferencias que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.

La interdicción de discriminación prohíbe, para empezar, cualquier actuación de los poderes públicos que avale dicha posición de prevalencia, sea de forma directa o indirecta, a través, esto es, de normas o políticas públicas diseñadas en términos neutrales, pero cuya implementación perjudica desproporcionalmente a determinados colectivos[4]. Y prohíbe también cualquier inactividad normativa que perpetúe discriminaciones jurídicas, en supuestos de lo que se conoce como inconstitucionalidad por omisión[5].

2. Obligaciones de los poderes públicos

Artículo 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."*

[4] STC 145/1991
[5] STC 216/1991

Este precepto se basa en la idea de que la insistencia en la igualdad formal, sin prestar atención a las desigualdades materiales que resultan de la aplicación del Derecho, contribuye a prolongar en el tiempo situaciones de desigualdad real.

Lleva a considerar que es adecuado perseguir la igualdad de las personas también en la realidad de las relaciones sociales. Al convertir a la igualdad real, material o sustancial en foco de atención el artículo 9.2 CE da cobertura a diferencias de trato introducidas con el objetivo de conseguir una igualdad de oportunidades o incluso, directamente, igualdad en los resultados, hasta el punto de convertir su adopción en una obligación constitucional más allá de la igualdad formal o de trato. Se podría hablar de una igualdad de trato material. Asumirla obliga a tener en cuenta las circunstancia materiales para determinar si el tratamiento jurídico debe favorecer la equiparación o tener en cuenta las diferencias. Obliga muy especialmente a tener en cuenta las circunstancias en que se encuentran los colectivos sociales a que pertenecen personas concretas. Y es que para que personas pertenecientes a distintos colectivos puedan elegir y perseguir con igual libertad la realización de planes de vida, dichos colectivos deben contar con iguales condiciones para hacerlo.

En los últimos años se han introducido distintas medidas normativas orientadas a eliminar la discriminación, que tienen en cuenta la distancia que en ocasiones se produce entre las declaraciones formales de igualdad y la situación real a la que se enfrentan personas que forman parte de determinados grupos. Es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; o de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de Dependencia; y de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La cuestión es cómo afecta este marco normativo a las personas portadoras del VIH.

3. La salud como motivo de discriminación

Desde la perspectiva del caso que nos ocupa, se hace necesario aclarar si la concurrencia de una enfermedad en una persona puede llegar a considerarse una causa de discriminación incluida en el art. 14 CE. Tomaremos como referencia para ello la jurisprudencia constitucional.

En la misma, el TC ya ha entrado a valorar en ocasiones si la enfermedad o el estado de salud de una persona trabajadora puede llegar a subsumirse en la cláusula genérica establecida en el art. 14 CE "…*cualquier otra condición o circunstancia personal*".

Para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación, resulta necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa

del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que les son inherentes (art. 10 CE). No cabe duda de que el estado de salud de la persona trabajadora, y más propiamente, su enfermedad, puede en determinadas circunstancias constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, y por tanto, encuadrable en su cláusula genérica (STC 62/2008 de 26 de octubre).

Con este razonamiento del TC no cabe sino concluir que excluir a una persona de una determinada profesión u oficio por el mero hecho de padecer una enfermedad o ser portadora de un virus como el VIH supone un trato diferenciador que encaja, de entrada, dentro de los supuestos de discriminación prohibidos en el art. 14 CE. Todo ello al margen de que, en una situación concreta, ese trato diferenciador pudiera contar con justificación suficiente. Por ello, habría que analizar caso por caso cada situación, para establecer si una determinada enfermedad supone realmente un riesgo o una causa de incapacitación del trabajador, no pudiéndose establecer una exclusión genérica por enfermedad.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO Y COMPARATIVA CON OTROS ÁMBITOS (EL PERSONAL SANITARIO)

Tras la exposición del marco jurídico aplicable en los casos de discriminación por VIH, debemos considerar si existen motivos que justifiquen dicha exclusión. Se debe partir de la base de que dicha exclusión se suele fundamentar en el riesgo de contagio y en el deber de protección de la salud pública por parte de la Administración del artículo 43.1 de la Constitución, pero como se ha visto en la introducción de este informe, el contagio de la enfermedad del VIH se produce a través de unas vías muy específicas que hacen que el riesgo de contagio sea prácticamente nulo. Ello hace que la total exclusión de las personas seropositivas del acceso a la policía y a otros cuerpos de funcionarios públicos deba considerarse desproporcionada y, por ende, discriminatoria, más cuando existen medidas mucho menos gravosas y lesivas de sus derechos, y que son igualmente eficaces para proteger la salud pública.

Ante semejante situación, y con el fin de mostrar lo desproporcionado e injustificado de la exclusión, es conveniente hacer una comparativa entre las personas seropositivas que pretenden acceder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y aquellas personas, también portadoras del VIH, que trabajan en el ámbito sanitario, donde desarrollan su actividad con total normalidad.

Como prueba de que las personas seropositivas pueden trabajar sin ningún tipo de impedimento en centros sanitarios están las "*Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores de VIH y otros virus transmisibles por sangre, virus de la Hepatitis B (VHB) y de la*

Hepatitis C (VHC)"[6]. Estas recomendaciones informan, en su apartado 4.1 letra C, de que la investigación científica deja claro que el riesgo de que un profesional sanitario portador del VIH contagie a un paciente con la enfermedad es realmente bajo. A dicha afirmación se le puede añadir la dada en el "*Protocolo de actuación ante accidentes biológicos*"[7], publicado por la propia Junta de Andalucía. En este protocolo se establecen una serie de pautas para el trabajador sanitario en aquellos casos en los que haya podido haber un riesgo de contagio. La afirmación es más categórica aún que la anterior, dice textualmente: "*El riesgo de infección por el VIH tras exposición percutánea con sangre VIH positiva es en promedio del 0,3%*...", y también "*El riesgo de exposiciones de piel y mucosas es menor (< 0,1% o un 0,1% respectivamente) y también depende del volumen de sangre, la cantidad de virus que contenga, área y tiempo de exposición, y que existan lesiones abiertas en el área expuesta. Por último, el peligro de contagio por otros fluidos orgánicos no contaminados con sangre es menos relevante, y totalmente irrelevante en el caso de fluidos escasamente relacionados con el compartimento plasmático (sudor, lágrimas, saliva, orina o heces)*".

Por otro parte, en las "*Recomendaciones para el control de la infección por VIH, VHB, VHC y otros microorganismos de transmisión sanguínea en el medio laboral sanitario*"[8] dictadas por el Gobierno vasco, se establecen medidas de prevención para la transmisión de la enfermedad tan simples como el uso de guantes, la higiene personal, etc., fácilmente aplicables en otros ámbitos.

A través de estos informes y recomendaciones se constata que las personas seropositivas que trabajan en los centros sanitarios pueden, y de hecho lo hacen, desarrollar su actividad con total normalidad y en condiciones de igualdad con el resto de sus compañeros, no suponiendo un riesgo para nadie si se toman las medidas y prevenciones adecuadas. No resulta por ello comprensible que los mismos criterios no se apliquen en el ámbito policial, donde las situaciones de riesgo son, de entrada, menores que en el ámbito sanitario, o incluso menores. Un simple juicio de proporcionalidad conduce a la conclusión de que la exclusión de las personas seropositivas resulta una medida totalmente desproporcionada para conseguir el fin perseguido.

Por otro lado, el Real Decreto 2/2006 de 16 de enero, por el que se establecen las normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, obliga a la dirección de dicho cuerpo a tomar todas las medidas necesarias para la protección de la salud de sus funcionarios. Así, si dentro de la propia policía, por obligación, ya se toman medidas para que los policías no se vean infectados por enfermedades como el VIH, entre otras, ¿Por qué no se aplican las mismas medidas a la inversa?, es decir, ¿Por qué no se aplican dichas

[6] Recomendaciones publicadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en marzo de 1998.
[7] Área de Gestión Sanitaria Norte de Almería; "*Protocolo de actuación ante accidentes biológicos*" // www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/hinmaculada/web/uprl/documentos/prot_sanitario_riesgo_biologico.pdf.
[8] Gobierno Vasco; "*Recomendaciones para el control de la infección por VIH, VHB, VHC y otros microorganismos de transmisión sanguínea en el medio laboral sanitario*" // http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/contenidos/informacion/enfer_sida/es_4225/adjuntos/infoprof_c.pdf.

medidas a policías que sean portadores del VIH? Más cuando dichas medidas pueden ser tan insignificantes o simples como, por ejemplo, el uso de guantes. Visto de este modo la exclusión de las personas seropositivas del acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es del todo desproporcionada e injustificada.

V. PROPUESTA

Ante la evidencia, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde la comparativa con el ámbito sanitario, de que la exclusión de las personas portadoras del VIH en el acceso al CNP y a la Policía Local de Sevilla supone una vulneración del art. 14 CE, y por tanto una discriminación injustificada hacia este colectivo instamos a proceder de la siguiente forma:

Impugnar las bases de la convocatoria de concurso-oposición a la Policía Nacional o a la Policía Local en el momento de su publicación por incluir una serie de requisitos que, en su interpretación actual, con base en la catalogación de la OMS, excluyen a todo un colectivo (los portadores del VIH) indebidamente, por lo que las bases de la convocatoria son ilegales por discriminatorias, puesto que existen métodos menos lesivos para sus derechos y que pueden impedir, con una efectividad casi del 100%, la transmisión de la enfermedad. Para llevar a cabo dicha impugnación será necesario interponer un recurso de reposición en el que se solicite la no exclusión de las enfermedades infecto-transmisibles, para lo que se cuenta con el plazo de un mes desde la publicación de la convocatoria, bien de la oposición para acceder al cuerpo de la Policía Nacional, bien de la oposición para acceder al cuerpo de la Policía Local (recurso previsto en los arts. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Cabe también interponer directamente un recurso contencioso-administrativo en vía judicial (art. 123 de la Ley 39/2015).

En el caso concreto de que la persona haya decidido presentarse sin haber impugnado las bases de la convocatoria previamente, y haya sido excluido una vez se haya averiguado que es portadora del VIH, se le insta a proceder, como en el caso anterior, interponiendo bien un recurso de reposición en el plazo de un mes desde la publicación del acto, o directamente un recurso contencioso-administrativo, en el que se alegue que el acto administrativo en el que se publican los resultados es nulo de pleno derecho, ya que vulnera el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.

Asimismo, es recomendable que junto con el recurso de reposición se adjunte un informe médico que acredite de forma clara que la persona se encuentra bajo tratamiento médico y control facultativo, demostrando así que la situación concreta en la que se haya la enfermedad no es incompatible con el desempeño de la actividad a realizar.

Firmado por el alumnado de la Clínica Legal de Derechos Fundamentales 2017-2018:

Inmaculada Cruz
Víctor Manuel Ruiz