

LA EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON VIH COMO VIGILANTES DE SEGURIDAD

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Universidad de Alcalá

Paulina Ramírez Carvajal

Universidad de Alcalá

Berta Martín Jiménez

Universidad de Alcalá

Marilena Alina Nastasache

Universidad de Alcalá

RESUMEN

Las personas con VIH no pueden trabajar como vigilantes de seguridad porque la legislación vigente en España impide que obtengan la licencia de armas que se requiere para la expedición de la habilitación profesional. En este texto se analiza si se trata de un trato diferenciado que es idóneo, necesario y proporcional o, por el contrario, una discriminación directa por razón de la condición de salud.

ABSTRACT

People with HIV cannot work as security guards because current legislation in Spain prevents them from obtaining the weapons license that is required for the issuance of professional authorization. It is analysed whether it is a differentiated treatment that is suitable, necessary and proportional or, on the contrary, a direct discrimination based on the health condition.

PALABRAS CLAVE

VIH, Derecho a la elección de profesión, Igualdad y no discriminación, Fuerzas y cuerpos de seguridad

KEY WORDS

HIV, Freedom to choose an occupation, Equality and Non Discrimination, Security bodies.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio, hace ya cuarenta años, la epidemia del virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH) es una cuestión de derechos humanos pues las personas que se han infectado y que, en algunos casos, han llegado a desarrollar el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (en adelante Sida) se enfrentan a una serie de barreras institucionales, normativas y actitudinales que les han impedido disfrutar de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones¹. Aunque al inicio de la epidemia algunas restricciones y tratos diferenciados pudieran estar justificados por el desconocimiento que existía acerca de las vías de transmisión del virus, una vez que las vías de transmisión se identificaron², que se adoptaron las medidas universales de prevención de la transmisión³ y, sobre todo, desde que se dispone de un tratamiento farmacológico que es seguro y eficaz⁴, hasta el punto de conseguir que una persona con VIH no transmita el virus aunque mantenga relaciones sexuales sin preservativo si su carga viral se mantiene indetectable en el tiempo⁵, la inmensa mayoría de las restricciones y los tratos diferenciados han dejado de tener sentido.

Mientras que la respuesta científico-médica al VIH ha dejado de ser un problema pues se dispone del conocimiento y de los medios necesarios para evitar la transmisión del virus, la respuesta social sigue sin recoger en su totalidad las exigencias que derivan de los derechos humanos⁶. La exigencia de respetar la igual dignidad de las personas con VIH no ha alcanzado una cota igual de desarrollo que la respuesta científico-médica pues son muchos los países, entre ellos España, en los que se mantienen normas jurídicas y protocolos internos o procedimientos normalizados de trabajo que establecen tratos diferenciados en los que no están claras su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pudiéndose producir, por lo tanto, un trato discriminatorio basado en la condición de salud⁷.

¹ Gostin LO, Lazzarini Z. Human rights and the public health in the AIDS pandemic. Oxford University Press. 1997: 75.

² Grmek M. Historia del Sida. Siglo XXI. 2004: 143.

³ Bauer S. CDC, NCCLS, and OSHA Guidelines for universal precautions. En: Cundy KR, Kleger B, Hinks ET, Miller LA (eds.). Infection Control. Springer. 1990: 91-114.

⁴ Llibre Codina JM. The changing face of HIV/AIDS in treated patients. Current HIV Research. 2009; 7(4): 365-377.

⁵ Rodger A et al. Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent gay couples with the HIV-positive partner taking suppressive antiretroviral therapy (PARTNER): final results of a multicentre, prospective, observational study. Lancet. 2019; 393: 2428-2438.

⁶ Cameron S, Godwin J. Barriers to legal and human rights in Australia in the era of HIV treatment as prevention. AIDS Education and Prevention. 2014; 26(3): 202-213.

⁷ Ramiro Avilés MA, Ramírez Carvajal P. Discriminación por razón de VIH. Revista Multidisciplinar del Sida. 2016; 4(9): 45-54.

Uno de los ámbitos donde todavía se mantienen barreras institucionales, normativas y actitudinales hacia las personas con VIH es el de la seguridad⁸. Una barrera es todo aquel requisito o condición de acceso que impida o dificulte el ejercicio de un derecho en igualdad de condiciones. Siguen siendo muchos los países en que las personas con VIH están excluidas de los cuerpos uniformados de seguridad, ya sean públicos o privados, y de las fuerzas armadas⁹. El hecho de que el VIH se haya considerado como una amenaza existencial, no solo de la persona sino de la propia sociedad, ha contribuido a que a lo largo de estos cuarenta años de epidemia se aprobasen normas jurídicas que limitan la participación de las personas con VIH en sociedad, excluyéndoles de aquellos trabajos que tuvieran un mayor contacto con terceras personas para de esa forma evitar generar un riesgo de transmisión del virus. Así, al atribuirse a las personas con VIH una mayor peligrosidad, al tener una infección que se puede comunicar a terceras personas causándoles un daño irreversible, se les excluye de poder acceder, entre otros, a los cuerpos uniformados de seguridad, públicos o privados, y a las fuerzas armadas¹⁰.

Dicha exclusión se ha basado, en primer lugar, en la creencia de que las personas con VIH que perteneciesen a los cuerpos uniformados de seguridad o a las fuerzas armadas eran vectores de la enfermedad y podían transmitir el virus a sus compañeros o a terceras personas; y, en segundo lugar, en que las personas con VIH no podrían realizar las tareas que los cuerpos uniformados de seguridad tienen encomendadas, pues el virus disminuye sus capacidades físicas y/o cognitivas¹¹.

La exclusión de las personas con VIH en las normas de acceso o en las de permanencia en los cuerpos uniformados de seguridad fue una de las primeras medidas que muchos Estados adoptaron durante los primeros años de la pandemia. En las pruebas de acceso o permanencia se adoptaron o una exclusión genérica, en forma de cuadros médicos, o una exclusión particular, en forma de prueba médica obligatoria en la que se incluía la detección del VIH. Algunos países llegaron incluso a promulgar normas que establecían la expulsión del cuerpo uniformado a aquellas personas que se seroconvirtieran sobrevenidamente, es decir, que se infectaran una vez que ya formaban parte del cuerpo de seguridad o de las fuerzas armadas¹².

⁸ Innes C. HIV/AIDS and security. *International Affairs*. 2006; 82(2): 315-326.

⁹ UNAIDS. On the front line: A review of policies and programmes to address AIDS among peacekeepers and uniformed services. New York. 2005. Acceso online: www.unaids.org/es/resources/documents/2003/20031001_jc950-frontline_en.pdf

¹⁰ Healthlink Worldwide. *Combat AIDS—HIV and the world's Armed Forces*. London. 2002.

¹¹ Barnett T, Prins G. HIV/AIDS and security: fact, fiction, and evidence—A report to UNAIDS. *International Affairs*. 2006; 82(2): 359-368.

¹² Feldman EA. Testing the forcé: HIV and discrimination in the Australian military. *AIDS & Public Policy Journal*. 1998; 13(2): 85-90.

En las siguientes páginas se va a tratar de determinar si la normativa vigente en España que regula el acceso a la profesión de vigilante de seguridad recoge un trato diferenciado que está justificado o, por el contrario, es discriminatorio hacia las personas con VIH. La respuesta no será sencilla pues, si bien es cierto que las personas con VIH deben tener reconocido el derecho a elegir libremente su profesión en igualdad de condiciones que el resto de las personas, también lo es que los cuerpos uniformados de seguridad deben cumplir una función esencial para la comunidad.

METODOLOGÍA

Este trabajo parte, en primer lugar, de una base empírica a través del análisis de 5 consultas que sobre el acceso o la permanencia en la profesión de vigilante privado de seguridad han enviado personas con VIH a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá entre los años 2018 y 2021. En 3 de esas consultas se preguntaba sobre los requisitos de acceso a la profesión de vigilante privado de seguridad, pues se quería saber si las personas con VIH estaban excluidas o si, por el contrario, podían optar a desempeñar esa profesión. Esta última pregunta llegó a partir de la adopción a finales de 2018 del Acuerdo del Consejo de Ministros por el cual se eliminaba la exclusión genérica de las personas con VIH en las pruebas de acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En las otras 2 consultas se preguntaba sobre qué mecanismos de defensa de los derechos tenían las personas con VIH que, trabajando como vigilantes privados de seguridad, se habían seroconvertido sobrevenidamente y no podían renovar el permiso de armas que era indispensable para poder continuar con el trabajo.

Esa serie de consultas ha sido analizada utilizando los instrumentos normativos vigentes en España que afectan al derecho a elegir la profesión u oficio, en especial el trabajo en el ámbito de la seguridad privada, con la finalidad de saber si se estaba produciendo un trato discriminatorio hacia las personas con VIH. Cabe destacar, además de la propia Constitución Española (en adelante, CE), la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (en adelante, LSP), el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (en adelante, RSP) y el Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, que regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada (en adelante, RASP), así como otros instrumentos normativos a nivel internacional y europeo. De igual modo se han analizado las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), del Tribunal Supremo (en adelante, TS), y de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), en especial la sentencia de la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de abril de 2017. Por último, se consultó bibliografía científica secundaria relevante sobre la relación entre seguridad y VIH.

RESULTADOS

El artículo 35 CE reconoce el derecho a elegir libremente profesión u oficio sin más limitaciones que las necesarias para proteger los intereses generales. Ese mismo derecho aparece también recogido en el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el punto 1 de la Parte I de la Carta Social Europea (revisada).

Este derecho está íntimamente relacionado con la dignidad humana (art. 10.1. CE), pues permite la autorrealización de la persona a través del desarrollo de una profesión u oficio que va a permitir, entre otras cosas, acceder a recursos económicos. En el artículo 35 CE no se reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad (STC 83/1984, FJ 3), pues la Administración puede exigir, en sentido positivo, la obtención de una autorización, licencia administrativa o superación de ciertas pruebas de aptitud, siempre y cuando sea necesario para proteger los intereses generales (STC 118/1996, FJ 24), como puede ser la salud pública, pero debe abstenerse, en sentido negativo, de imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos (STC 178/1989, FJ 8), y, en todo caso, la regulación de acceso a la profesión debe respetar el principio de igualdad (STC 83/1984, FJ 10).

Por su parte, en el artículo 104.1 CE se señala que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen encomendada la misión de “*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*”. Esta misión se realiza no solo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad públicos sino que, tal y como se reconoce en la LSP, las empresas que prestan servicios de seguridad privada “*se han convertido en un verdadero actor de las políticas globales y nacionales de seguridad*” por lo que son “*una parte indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la sociedad y a la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos*”. Esto exige que la prestación de los servicios de seguridad privada tenga la máxima calidad y eficacia tanto en sus relaciones con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad públicos como a nivel interno en cuanto a su “*organización y planificación, formación y motivación del personal de seguridad*”.

La selección del personal de seguridad privada será, pues, una pieza clave. Las personas físicas que quieran desarrollar funciones de seguridad privada deberán contar con una habilitación profesional (art. 2.8 LSP), pues está taxativamente prohibido que el ejercicio de las funciones de seguridad privada se preste por personas físicas “*carentes de la correspondiente habilitación o acreditación profesional*” (art. 10 LSP). Como recalca el artículo 26.1 LSP, “*únicamente puede ejercer funciones de seguridad privada el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad y su especialidad de vigilantes de explosivos, los escoltas privados, los guardas rurales y sus especialidades de guardas de caza y guardapescas marítimos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad y los detectives privados*”.

El incumplimiento de la obligación de tener una habilitación profesional supone una infracción muy grave tanto de la empresa (art. 57.1.b LSP) como de la persona física (art. 58.1.a LSP) que se sanciona con multas para ambas (arts. 61.1.a y 62.1.a LSP).

La habilitación del personal de seguridad privada es competencia de la Administración General del Estado (art. 12.1.c LSP), y en concreto se asigna al Ministerio del Interior (art. 27.1 LSP), que la ejerce a través de la Dirección General de la Policía y de la Dirección General de la Guardia Civil (art. 27.3 LSP). El expediente se instruirá a instancia de las personas interesadas, tal y como dispone el artículo 52.3 del RSP, y culmina con la expedición de la tarjeta de identidad profesional (art. 27.2 LSP).

Las personas físicas que quieran obtener la habilitación deberán reunir una serie de requisitos generales, entre los que está *“poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias para el ejercicio de las funciones”* (art. 28.1.c LSP). En el artículo 53.c RSP se especifica que no deben *“padecer enfermedad que impida el ejercicio”* de esas funciones. Además de este requisito general, las personas que aspiren a trabajar como personal de seguridad privada deberán reunir *“los requisitos específicos que reglamentariamente se determinen en atención a las funciones que haya de desempeñar”* (art. 28.2 LSP). El artículo 54 RSP señala, entre los requisitos específicos, uno que se refiere a *“portar y utilizar armas de fuego”*. Aunque no todos los servicios de seguridad que prestan implican el uso de armas de fuego (art. 40 LSP, art. 81 RSP), todas las personas que quieran trabajar como vigilantes de seguridad, escoltas privados o guardas rurales deberán *“obtener la licencia C en la forma prevenida en el Reglamento de Armas”* (art. 61.1 RSP). Si alguno de los requisitos generales o específicos no se cumpliera, entonces el personal de seguridad perdería su habilitación y condición (art. 28.3 LSP y 64.1.c RSP).

El RASP señala en su artículo 1 que, *“no podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psicofísicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo, propio o ajeno”*. En su artículo 2 dispone que las personas interesadas en obtener una habilitación profesional como vigilantes de seguridad, escoltas privados o guardas rurales *“habrán de acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para el ejercicio de sus funciones”*. Estas pruebas de aptitud psicofísica se realizarán en un centro de reconocimiento debidamente autorizado (art. 6 RASP), el cual emitirá un informe de aptitud o no aptitud (art 7. RASP) que deberá presentarse a los órganos administrativos competentes para obtener la habilitación profesional.

Según lo dispuesto en el artículo 3 RASP, *“las pruebas de aptitud psicofísicas tendrán por objeto comprobar que no existe enfermedad o deficiencia alguna que pueda*

suponer incapacidad para tener o usar armas, o para prestar servicios de seguridad privada”. Entre estas pruebas se comprobará, entre otras, que las personas no tengan alguna de las infecciones incluidas en el Apartado XI del Anexo incluido en el RASP. La respuesta normativa a la presencia de algunas de las infecciones allí listadas dependerá de si las personas pretenden obtener la habilitación para prestar servicios de seguridad privada (art. 9 RASP). En el caso concreto del VIH, no se admite su presencia ni en las categorías clínicas A1, A2, B1 y B2 ni en las categorías clínicas A3, B3, C1, C2 y C3. Estas categorías clínicas se definen en el apartado 10, del capítulo 6 incluido en el Anexo 1A del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Esta legislación ha sido aplicada en la Sentencia de la AN, sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de abril de 2017, en un asunto que tenía como fondo la legalidad de la cancelación de la habilitación como vigilante de seguridad de una persona con VIH.

La persona con VIH recurría la resolución del Director General de la Policía que acordaba la cancelación de la habilitación profesional como vigilante de seguridad. En su escrito de demanda se alegaba que *“no es suficiente para cancelar la habilitación el tener alguna enfermedad, sino que ésta prive al titular de aptitud física, de la capacidad psíquica e impida ejercer las funciones de vigilante de seguridad”*. Se argüía que la persona con VIH no se encontraba impedida para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo, tal y como consta en el certificado médico elaborado por un médico especialista en VIH. Se señala que en el centro médico al que acudió para hacerse el reconocimiento médico prescrito por la normativa vigente no se valoró ni comprobó que estaba en posesión de dicha facultades; simplemente se limitó a subrayar que tenía VIH. Se señala en el escrito de demanda que el hecho de tener VIH *“no supone por sí misma limitación alguna física ni psíquica que sea incompatible con el trabajo como vigilante de seguridad, como vienen determinando los distintos organismos mundiales y las directrices internacionales que se emiten en relación al VIH/SIDA”*. Por dicho motivo, se consideraba que la legislación vigente que regula el acceso a la profesión de vigilante de seguridad, en especial el RASP, lesiona el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de salud reconocido en el artículo 14 de la CE.

La Abogacía del Estado consideró, por su parte, que *“no se trata de una acción discriminatoria sino de aplicación de la normativa en vigor que, por razones de salud, vinculadas a las específicas funciones de vigilante de seguridad, determinan, conforme al criterio médico autorizado, la consideración de no apto del demandante. En modo alguno resulta admisible en Derecho la discriminación por razones de salud pero ello no es óbice a que el ejercicio de determinadas funciones, actividades o profesiones exija una situación de salud especialmente determinada por razón de las funciones a desarrollar”*. Los magistrados de la sección quinta de la Sala Contencioso-Administrativa de la AN,

por último, una vez analizada la legislación aplicable, consideraron que la Administración tiene la obligación de eliminar las situaciones de riesgo objetivo y por ello consideran justificada la exclusión de las personas con VIH de la profesión de vigilante de seguridad, pues las especiales características de la función profesional a realizar abre la puerta a la posibilidad de transmisión por vía sanguínea o sexual de terceras personas.

DISCUSIÓN

La exigencia de que todas las personas que quieran elegir la profesión de vigilante de seguridad, escolta privado o guarda rural, deban obtener un permiso de armas, está plenamente justificada por razones de orden público y seguridad. En una sociedad democrática no es concebible que las personas particulares puedan disponer de armas de fuego con total libertad, sino que su tenencia debe estar limitada y debe ser justificada su necesidad.

El problema no reside, pues, en la exigencia de obtención de una licencia de armas sino en que las personas con VIH, como grupo, no pueden acceder a dicha licencia si quieren ejercer las profesiones de vigilante de seguridad, escolta privado y guarda rural, que son las tres actividades de seguridad privada que requieren la obtención de la licencia de armas. No se tiene en cuenta cómo la condición específica de salud de la persona que opta a la licencia de armas afecta al desempeño de las funciones propias y esenciales de la profesión de vigilante de seguridad. No se considera que, gracias a los tratamientos antirretrovirales y a la aplicación de las medidas bidireccionales de prevención de la transmisión, las personas con VIH no constituyen ni generan una situación de riesgo objetivo.

Es cierto, en primer lugar, que ninguno de los derechos reconocidos en la CE es absoluto, pues todos pueden ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes (STC 70/2009, FJ3), y, en segundo lugar, que la Constitución no prohíbe el trato diferenciado, pues cabe que esté justificado y sea razonable si supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Pero no es menos cierto que la legitimidad del trato diferenciado debe analizarse relacionando, en primer lugar, el conocimiento médico-científico sobre las vías efectivas de transmisión del VIH, los métodos eficaces de prevención de la transmisión, los avances en el tratamiento antirretroviral del VIH y la evidencia científica de que una persona con VIH que mantenga la carga viral indetectable gracias al uso continuado del tratamiento antirretroviral no trasmite el virus con, en segundo lugar, las funciones esenciales, no las meramente accesorias, que deben desempeñar los vigilantes de seguridad, los escoltas privados o los guardas rurales.

Consideramos que ese análisis tendría como resultado que las normas jurídicas vigentes que regulan el acceso a las actividades profesionales de vigilante de seguridad

privada, escolta privado y guarda rural suponen un trato discriminatorio basado en el estado de salud prohibido en el artículo 14 CE. Más si cabe cuando ya se ha empezado a eliminar la exclusión de las personas con VIH en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, tal y como se dispone en el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado el 30 de noviembre de 2018, como puede comprobarse en las últimas convocatorias de acceso a nivel estatal y en algunas a nivel local.

La exclusión de las personas con VIH supone un trato diferenciado que, según la jurisprudencia del TC (SSTC 22/1981, FFJJ 3 y 9; 2/1983, FJ 4; 209/1987, FJ 3; 20/1991, FJ 2; 110/1993, FJ 6; y 200/2001, FJ 4), para no ser discriminatorio deberá estar justificado porque sea idóneo, necesario y proporcional para proteger, en este caso, la salud pública. La medida normativa debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido; necesaria pues no existen otras medidas menos gravosas; y proporcional para que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

El artículo 14 CE no prohíbe las diferencias de trato, mientras que sean justificadas y proporcionales, pero sí prohíbe la discriminación, esto es, tratar de forma diferente y desfavorable a una persona por un motivo que es irrelevante para los fines perseguidos (STC 173/1994, FJ 3). La STC 181/2000, FJ 10, establece que el principio de igualdad prohíbe *“configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”*. En este sentido, deberá determinarse si el VIH es o no relevante para justificar el trato diferenciado que consiste en denegar la licencia de armas para ejercer actividades profesionales de seguridad privada.

Creemos que el trato diferenciado supone una discriminación directa prohibida por el ordenamiento jurídico, pues, aunque podría discutirse si la medida es idónea, no es ni necesaria ni proporcional. Podría argumentarse que la medida es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (la protección de la salud pública) porque si todas las personas que tienen una enfermedad infecciosa son excluidas, estaríamos logrando identificar a personas que son posibles vectores de la infección si no tuvieran la carga viral suprimida por la acción del tratamiento antirretroviral. Este logro permitiría que iniciasen antes el tratamiento antirretroviral y que se redujese el número de diagnósticos tardíos.

No obstante, dicha medida no es necesaria, en el sentido de ser imprescindible o la única que puede adoptarse, pues existen otras medidas que imponen un sacrificio menor

del derecho a la libre elección de profesión u oficio y son igualmente aptas para alcanzar dicho fin. La protección de la salud pública, el inicio inmediato del tratamiento antirretroviral, la reducción del número de diagnósticos tardíos, todo ello se puede lograr sin necesidad de excluir como clase a todas las personas con VIH.

De igual forma, la exclusión no es proporcional ya que de la limitación del derecho y del trato diferenciado no se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. El sacrificio impuesto resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos; más aún cuando se tiene en cuenta la nueva evidencia científica sobre la relación y equiparación entre la indetectabilidad de la carga viral y la no transmisión del virus. La falta de proporcionalidad entre la medida (exclusión de las personas con VIH como clase de los cuerpos privados de seguridad) y el fin (protección de la salud pública) es casuística ya que, como ha admitido el propio TC, apriorísticamente no puede dilucidarse la necesidad y adecuación de una medida para garantizar un fin legítimo sin entender las circunstancias particulares (evidencia de la eficacia del tratamiento como prevención de la transmisión del VIH).

En la sentencia 79/2020, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional señala su oposición tanto a la discriminación directa como a la discriminación indirecta cuando afirma que «lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las 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». La discriminación directa se produce cuando una disposición, criterio o práctica tiene en cuenta uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) para tratar a las personas que poseen esos rasgos de forma menos favorable que a otras en situación comparable. Por otro parte, la discriminación indirecta se produciría cuando la aplicación de una disposición, criterio o práctica formulada en términos neutros respecto a los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas) pone a las personas que poseen esos rasgos en una situación de desventaja particular con respecto a otras en situación comparable.

La normativa que regula el acceso a las actividades de seguridad privada que requieren la obtención de una licencia de armas, no tiene en cuenta los cambios en el tratamiento antirretroviral del VIH de la última década, el incremento en la esperanza o calidad con la que una persona con VIH puede vivir, la salud y fortaleza de las personas con carga viral indetectable. En dicha normativa no se hace referencia a la necesidad de evaluar individualmente la incidencia que la enfermedad incluida en el cuadro de exclusiones médicas tiene en el desempeño por la persona de las funciones y tareas

atribuidas al trabajo. Se excluye sistemáticamente a las personas con VIH como clase, por la simple detección del virus, por el mero diagnóstico. Esto contrariaría la jurisprudencia del TS, pues en su sentencia 3053/2013, de 26 de enero, FJ 2, reiterada en las sentencias 1678/2015, de 7 de abril, FJ 4, y 319/2015, de 27 de enero, FJ 4, señala que *“la sola detección de una causa de exclusión no obliga a la Administración a excluir del proceso selectivo al afectado sin atender a su gravedad y a su incidencia en el desempeño de la función correspondiente a las plazas del cuerpo en que se pretende ingresar”*.

CONCLUSIÓN

La consecuencia directa de esta normativa vigente en España es que todas las personas con VIH, independientemente de su situación clínica, serán consideradas no aptas para obtener o renovar la licencia de armas que es necesaria para acceder o renovar la habilitación profesional. El VIH se convierte tanto en una barrera de acceso como en una barrera de permanencia en la profesión, por lo que creemos que esta exclusión no es constitucional y no es respetuosa con el derecho de las personas con VIH a disfrutar en igualdad de condiciones de su libertad de elección de profesión u oficio (arts. 14 y 35 CE).

Creemos que es necesario reformar las normas jurídicas que regulan el acceso a la profesión de vigilante de seguridad, escolta privado o guarda rural, pues no han demostrado indubitadamente que las personas con VIH afectan a la operatividad de dichas profesiones o que bajo ninguna condición pueden desarrollar las tareas esenciales del puesto. Aquellas normas que limitan los derechos de un colectivo a acceder a un puesto de trabajo, a escoger profesión u oficio o a competir en igualdad de condiciones deben fundarse en argumentos objetivos y razonables. Una restricción tal solo debe afectar a las personas dentro del colectivo que efectivamente no puedan cumplir con las funciones esenciales, pero para realizar esta comprobación la evaluación deberá hacerse de forma individualizada. Si el colectivo excluido está formado tanto por personas que pueden ser aptas como por personas que pueden no serlo, la norma o decisión administrativa no tiene justificación razonable alguna y debería, en principio, ser declarada inconstitucional o contraria a Derecho.



CLINICA LEGAL
Calle Libreros 27
28221 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>
Email: clinicalegal@uah.es
Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH