

Acceso al empleo público: ¿constituye discriminación la exigencia de talla mínima para acceder a las fuerzas armadas?

STS-CONT núm. 1040/2019, de 10 de julio

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *Constituye discriminación la exigencia de talla mínima para ejercer la actividad de controlador aéreo en la Escala de Suboficiales de los cuerpos generales y del cuerpo de infantería de Marina.*

Palabras clave: *Función Pública; No discriminación; Talla mínima de la persona.*

Abstract: *The minimum size requirement for the activity of air traffic controller in the General Corps and Marine Corps Non-Commissioned Officers Scale constitutes discrimination.*

Keywords: *Minimum Size; Public Servants; Non-discrimination.*

I. Introducción

Se plantea en la sentencia si la exigencia de una talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo en las Fuerzas Armadas constituye una “discriminación” en el acceso a la función pública; o, de forma más precisa, si la “talla” es o puede ser causa o razón de discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos.

En la sentencia se analiza el caso concreto de declaración de no apta de la recurrente por estar incurso en la Causa A número uno de la Orden PRE/2622/2007 modificada por la Orden PRE/528/2009, que regulaba el proceso selectivo para el ingreso en centros docentes militares de formación por ingreso directo en la Escala de suboficiales de los cuerpos generales y del cuerpo de infantería de Marina.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa.

Número de resolución judicial y fecha: 1040, de 10 de julio de 2019.

Número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm.5010/2017.

ECLI: ES:TS:2019:2333

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Tratándose de un recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la fijación de una talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos.

1. Antecedentes

En el recurso n.º 27/2016, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 20 de junio de 2017 se dictó la sentencia n.º 356, que desestimó el recurso interpuesto por la actora contra sucesivas Resoluciones del Ministerio de Defensa en las que se declaraba a la recurrente no apta para el ingreso en centros docentes militares de formación por ingreso directo.

Se entiende por el TSJ de Madrid que la recurrente está incurso en la causa A número uno de la Orden PRE/2622/2007 modificada por la Orden PRE/528/2009.

En sus fundamentos la sentencia precisó que la cuestión a decidir consistía en dilucidar si la recurrente debía ser declarada apta, aun teniendo una talla de 155 cm. o si, exigiendo la convocatoria una de 160 cm., era correcto considerarla no apta. Todo ello en el proceso de acceso directo sin titulación previa a los centros docentes militares de formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire en una de las 15 plazas convocadas de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones.

Destacó la sentencia, sobre la infracción del derecho a la igualdad, que no podía apreciarse porque la recurrente no había aportado un término de comparación ni realizado un mínimo de actividad probatoria indiciaria para poner de manifiesto que, a otros, en las mismas circunstancias que ella, se les dio un trato distinto al que ella ha recibido. Asimismo, observó la sentencia que el requisito de talla en bipedestación varía según los cuerpos a los que se pretende acceder y que, "así se diferencia para militar profesional de tropa y marinería, inferior a 155 cm., lo cual parece razonable, si se tiene en cuenta que puede concurrir al ascenso o promoción de este personal eventual, cuyo tallaje "ab initio" fue de 155 cm". Por último, la sentencia recordó la jurisprudencia conforme a que las bases de la convocatoria son la ley del proceso selectivo y vinculan a todos los intervinientes en él. Y explicó que el requisito de talla que no cumplía estaba exigido por la Orden PRE/2622/2007 a la que se remiten las bases.

2. Hechos

La recurrente participó en el proceso selectivo convocado por la resolución 452/38049/2015, de 20 de mayo, por la que se convoca proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, mediante la forma de ingreso directo, con y sin titulación previa de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina (Boletín Oficial del Estado del 26 de mayo).

El proceso selectivo consistía en una fase de concurso y en otra de oposición. Las pruebas que integraban esta última eran de aptitud psicofísica y de lengua inglesa, siendo la última el reconocimiento médico. El cuadro médico de exclusiones que aplicaría, según la base 2.2.3 de la convocatoria era el incluido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo. La calificación de ese reconocimiento solamente podía ser de "apto", "no apto" o "apto excepto ..." y podía ser revisada a solicitud del aspirante por el Tribunal Médico Militar de Apelación cuya decisión sería definitiva.

La recurrente , que había superado la prueba de lengua inglesa y las otras pruebas de aptitud psicofísicas, fue calificada como no apta por ser su talla en bipedestación inferior a 160 cm., conforme al Cuadro Médico de Exclusiones de la Orden PRE/2622/2007, que expresaba:

“Parámetros biológicos, enfermedades y causas generales. Parámetros biológicos: 1. Talla: a) En bipedestación: Inferior a 160 cm o superior a 203 cm, con las excepciones siguientes: a.1) Para militar profesional de tropa y marinería: Inferior a 155 cm o superior a 203 cm. a.2) Para la Escala Superior de Oficiales y Escala de Oficiales (especialidad fundamental de operaciones aéreas) del Cuerpo General del Ejército del Aire: Inferior a 160 cm o superior a 196 cm”.

La recurrente interpuso recurso de alzada contra la resolución de 11 de agosto de 2015 que publicó la relación de aspirantes que superaron el proceso selectivo, argumentando, además de que no padecía la alteración hematológica significativa que también se adujo para excluirla, extremo sobre el que se le dio la razón, que el cuadro de exclusiones que se le debió aplicar era el contenido en la Orden 23/2011, de 27 de abril, en la cual la talla en bipedestación que se debe igualar o superar es de 155 cm. para el Grupo III de los que contempla, al que (artículo 6) pertenecen los controladores de interceptación y de tráfico aéreo que deban poseer la correspondiente tarjeta de aptitud y los operadores de aeronaves no tripuladas. Además, consideraba injustificada y discriminatoria la exigencia de una talla de 1,60 metros para desempeñar los cometidos de controlador de interceptación y de tráfico.

Su recurso fue desestimado por la resolución n.º 13146, de 16 de octubre de 2015. En ella, además, de recordar cuanto decían las bases de la convocatoria y señalar que su talla era de 156 cm., se dice que no procedía valorar la aptitud médica necesaria para el personal de vuelo y que se debía estar a las exclusiones de la Orden PRE/2622/2007. En la instancia, la recurrente reiteró sus razonamientos e insistió en que la exigencia de la Orden PRE/2322/2007 que permitía acceder a las Fuerzas Armadas con 155 cm. mientras que a ella se le impide por exigirle, al menos, 160 cm., es discriminatoria.

Como decíamos antes, el TSJ de Madrid desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones administrativas. Y contra esta sentencia se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

IV. Posiciones de las partes

En el Fundamento de Derecho Tercero se explicitan las posiciones de las partes en el recurso.

1. Escrito de interposición de la recurrente

Expone en primer lugar una consideración de carácter general sobre la TALLA como posible elemento de discriminación en el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, estimando que esa causa, no mencionada expresamente en el art.14 CE, debe considerarse incluida en el precepto constitucional, comprendida en la cláusula de cierre, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Considera que la exigencia de un requisito biológico como la talla para acceder a la función pública debe contar con la correspondiente justificación, objetiva, razonable y proporcional a la finalidad a la que sirve, de acuerdo con el artículo 56.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. Justificación, añade, cuya razonabilidad ha de argumentar la Administración desde el momento en que el requisito de la talla no guarda relación con el mérito y la capacidad.

Desde estas premisas, explica que los actos administrativos impugnados han vulnerado los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución y 55.1, 55.2, 55.1.b) y 55.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la Orden 23/2011, de 27 de abril, y la base décima de la resolución de convocatoria.

Esa infracción resulta, según explica, porque la recurrente se vio excluida de un proceso selectivo por razón de un requisito biológico de talla mínima en bipedestación --160 cm.-- que no es necesario para ejercer plenamente las funciones y tareas a desarrollar en el acceso al centro de formación para el puesto de controlador aéreo del Ministerio de Defensa. Destaca el escrito de interposición que ningún juicio de razonabilidad concreto justifica que esa talla sea precisa para ser controlador aéreo. La Administración, subraya, no lo ha ofrecido y la sentencia de instancia tampoco. Reitera en este punto que no se le ha dado, ni en vía administrativa ni en vía judicial a la recurrente, razón alguna por la que una persona que mide en bipedestación 155 cm. no pueda desempeñar todas y cada una de las funciones de controlador aéreo. Insiste la recurrente en que, ni siquiera en el terreno de las hipótesis, cabría hablar de limitación o incapacidad para ello. Además, recuerda que la propia convocatoria contempla pruebas físicas y médicas para excluir a quienes incurran en incapacidad y que ella las superó.

Dice, igualmente, el escrito de interposición que la sentencia fundamenta su fallo en la Orden PRE/2622/2007 y en que no impugnó la convocatoria. Pues bien, señala que esa Orden ha de considerarse indirectamente impugnada y que la posterior Orden 23/2011 exige a los controladores aéreos una talla en bipedestación de 155 cm. Esta última, dice, es la que habría debido aplicársele porque es la norma específica y porque se remite a ella la Base Décima en el apartado 2.2.3. En todo caso, apunta que, ante dos regulaciones diferentes, no debieron interpretarse las bases de la forma más restrictiva y contraria al ejercicio del derecho fundamental de la recurrente. Por lo demás, aunque no impugnara la convocatoria, mantiene que es perfectamente posible la impugnación indirecta de la Base Décima en la medida en que ha dado pie a una actuación contraria a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

2. El escrito de oposición del Abogado del Estado

Considera que es claro el criterio de la Orden PRE/2622/2007 en lo que respecta a la talla mínima en bipedestación que contiene. Para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación en plaza de la especialidad de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones del Ejército del Aire por parte de quien no es militar profesional de tropa y marinería, la talla mínima en bipedestación ha de ser 160 cm. En cambio, si el aspirante a esa plaza era ya militar profesional de tropa y marinería, la talla en bipedestación debía ser de al menos 155 cm.

Sigue explicando el Abogado del Estado que a ese proceso selectivo podían presentarse también quienes ya pertenecieran a las Fuerzas Armadas como militares profesionales de tropa y marinería Y que estos, al acceder a las mismas, debieron acreditar, al menos, 155 cm. Indica que para ellos este proceso selectivo operaba como una oportunidad de promoción profesional a fin de ingresar en las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina.

Prosigue el escrito de oposición diciendo que la diferencia entre quienes ya pertenecían a las Fuerzas Armadas como militares profesionales de tropa y marinería y los que no formaban parte de ellas no infringe el principio de igualdad. Observa al respecto que no se violenta cuando se trata de manera desigual situaciones que no son iguales. Aquí destaca la gran diferencia que supone pertenecer ya y pretender promocionarse en las Fuerzas Armadas y no pertenecer a ellas y pretender ingresar en las mismas. De ahí que - no carezca de justificación objetiva y razonable establecer requisitos ligeramente superiores y más rigurosos para estos últimos. Cita al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 46/1991 y continúa diciendo que fijar una talla mínima para acceder a las Fuerzas Armadas con independencia del destino concreto "no puede considerarse una medida arbitraria, irrazonable o injustificada, sino que responde a la misión y a los cometidos a que (...) [les] corresponden, para cuyo desempeño se exigen unas determinadas condiciones físicas y en particular determinada constitución, que se considera idónea para la realización de los cometidos que dichos miembros tienen asignados y que en modo alguno puede considerarse arbitraria o irrazonable".

Por último, observa que, con independencia del puesto concreto que vaya a ser servido, una vez superada la convocatoria y obtenido el nombramiento, la interesada se convertiría en militar profesional de carrera, integrante de las Fuerzas Armadas, con los deberes, funciones y responsabilidades establecidos para ellos, los cuales, dice, tienen un alcance general, destinado a la tarea común de atender a la defensa nacional. En este sentido, apunta el escrito de oposición a la posibilidad de que, al margen del puesto concreto obtenido, se desempeñen otros distintos y a la movilidad que existe en el ámbito del ejercicio profesional como militar de carrera dentro de las Fuerzas Armadas

V. Normativa aplicable al caso

Las normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación en el caso son las siguientes: artículos 14, 23.2 y 103.3 CE, en relación con el art. 55.1 del EBEP; y las Órdenes Ministeriales OM 23/2011 y PRE/2622/2007 por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo:

(1.º) Anula la sentencia de 20 de junio de 2017

(2.º) Estima en lo sustancial el recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia:

(a) Anula la actuación administrativa que llevó a la declaración de no apta de la recurrente en el proceso selectivo convocado por la resolución de la Subsecretaría de Defensa 452/38049/2015, de 20 de mayo, para el ingreso en los centros docentes militares de formación mediante la forma de ingreso directo, con y sin la titulación previa de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de la Infantería de Marina (Boletín Oficial del Estado del 26 de mayo);

(b) Anula la resolución de 11 de agosto de 2015 por la que se publica la relación de aprobados únicamente en la medida en que no incluye a la recurrente.

(c) Reconoce a la recurrente el derecho a que se le tenga por superado el proceso selectivo para el acceso a la Academia Básica del Aire para su incorporación por ingreso directo en la Escala de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire en la especialidad fundamental de "Control aéreo y sistemas de información y telecomunicaciones" convocado por la resolución 452/38049/2015, de 20 de mayo, y a que se le adjudique plaza en dicha Academia con todos los efectos correspondientes desde el momento en que se produjeron para los demás aspirantes que la obtuvieron.

VII. Parte dispositiva

La parte fundamental de la sentencia se encuentra en el FD Cuarto, en el que se razona, al menos en una primera aproximación, sobre la especial trascendencia casacional que había destacado el auto de admisión en el caso concreto.

Recordando previamente en el FD Segundo que esa trascendencia era "*saber si la exigencia biológica que se impone (talla mínima) debe tener algún fundamento en relación con las funciones del puesto al que se pretende acceder*".

Fundamento que no halla el Tribunal en el caso concreto porque, afirma en el FD Cuarto, "efectivamente, la actuación administrativa que está en el origen de este proceso es contraria al artículo 23.2 de la Constitución por erigir una *circunstancia personal, la talla o altura*, en un requisito injustificado en términos objetivos y de razonabilidad".

Se estima que el requisito de 160 cm en bipedestación no está justificado y entraña una diferencia de trato contraria al principio de igualdad por dos razones principales:

- Falta de justificación de esa talla mínima. En primer lugar, porque no se ha explicado por qué motivo es necesario que quien va a dedicarse a la especialidad de Control Aéreo y los Sistemas de Información y Telecomunicaciones ha de tener esa talla; no es pertinente la sola justificación de que la previsión está contenida en la Orden PRE/2622/2007. Y, ciertamente, afirma el TS, pese a lo alegado por el Abogado del Estado, “no se alcanza a comprender cuál pueda ser”.
- Falta de justificación de la diferencia entre quienes ya son militares y los que acceden directamente al puesto convocado.

Expresa el TS que “si se puede ser militar profesional con 155 cm. de talla en bipedestación y desempeñar los cometidos propios de la tropa y de la marinería, para los que *no es difícil pensar que la constitución física puede ser especialmente importante, y esos mismos militares profesionales pueden, con esa talla, ejercer la especialidad de Control aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones*, no se alcanza a comprender por qué no pueden hacerlo quienes aspiran a ingresar como Suboficiales en esa especialidad”. De modo que si quienes son ya militares profesionales y midan 155 cm pueden promocionarse a Suboficiales, contrarresta el argumento del Abogado del Estado sobre la movilidad en el ejercicio profesional.

No explica el escrito de oposición, expresa el TS, por qué se puede acceder a las Fuerzas Armadas en las clases de tropa y marinería con esa talla y por qué no es posible hacerlo como suboficial en la especialidad de referencia. No se advierte una justificación objetiva relacionada con las condiciones personales y con el desempeño de los cometidos correspondientes. Cualesquiera que hayan sido los motivos que han llevado a aceptar en las Fuerzas Armadas a quienes miden 155 cm. y a que puedan promocionarse internamente como suboficiales, no se han hecho explícitas ni tampoco se han manifestado las que llevan a tratar de modo diferente a quienes, sin pertenecer aún a las Fuerzas Armadas, pretenden incorporarse a ellas por la vía que les ofrece la resolución de convocatoria de este proceso selectivo.

Concluye el TS con duros reproches a la Sala C-A del TSJ de Madrid, afirmando que la “discriminación era más que obvia”, considerando que a las anteriores conclusiones se llega sin especial complicación y que la demanda planteaba con suficiente claridad el problema.

VIII. Pasajes decisivos

En el F.D. Quinto se concluye afirmando que, a la pregunta de “si la fijación de una talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos”, debemos responder que, en las condiciones que se dieron en el caso de autos, sí la supusieron”. De modo que se infringieron los artículos 14 (igualdad y no discriminación) y 23.2 de la Constitución (Los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”) y 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (“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”).

IX. Comentario

Esta decisión se dicta meses después de que el Ministerio de Defensa decidiera modificar la altura exigida a quienes quieren acceder a las Fuerzas Armadas. La Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, BOE de 12 de enero, aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en los centros docentes militares de formación. La norma modifica la regla relativa a la talla/tallas, de modo que con independencia de las

escalas y cuerpos, sea de oficiales o sea para la tropa y marinería, se fija en 60 cm para los hombres y 155 cm para las mujeres.

Téngase en cuenta, por tanto, que, frente a la regulación anterior (diferentes tallas según las escalas y cuerpos), se establecen diferentes tallas atendiendo al sexo de las personas que desean acceder a estos ámbitos de la función pública. Eliminación de diferencias entre escalas y diferencias en función del sexo para adecuarse a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 18 de octubre de 2017, Asunto C-409/16, que resolvió una cuestión prejudicial relativa a una norma nacional griega que establecía estaturas mínimas comunes para ambos sexos considerando que se trataba de una discriminación indirecta por razón de sexo para la ciudadana griega que deseaba presentarse a las pruebas para poder ingresar e en la escuela de policía.

En efecto en la introducción de la Orden del Ministerio se explica que “se trata de evitar la discriminación que se produce al fijar las mismas alturas para mujeres y hombres al ser diferente la estatura media, por sexo, de la población española. Esta medida se ajusta a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017, en contra de establecer unas estaturas mínimas comunes para ambos sexos por considerarla causa de «discriminación indirecta».

Asimismo, desde esta perspectiva, resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Madrid de 4 de marzo de 2019, que atendiendo a la doctrina del TJUE consideró justificada la diferencia de altura entre hombres y mujeres para el ingreso en centros docentes militares de formación. Recuérdese que en ese proceso judicial, la recurrente alegó infracción del derecho fundamental a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo en la medida en que la convocatoria, al exigir a candidatos, sin distinción de sexo, un requisito igual consistente en una altura mínima de 160 cm. en bipedestación, estaría perjudicando en mayor medida a las posibles aspirantes de sexo femenino ya que, dice, la mayoría de los hombres tienen unas condiciones físicas (entre ellas, la estatura) superiores a las de las mujeres, lo que hace que el porcentaje de mujeres que no pueden acceder a estos procesos selectivos sea muy superior al de los aspirantes hombres, y favoreciendo, por ello, el que los posibles Oficiales de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas sean en mayor medida hombres y no mujeres. Se apoya además la recurrente en el pronunciamiento dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 18 de octubre de 2017 en la que interpreta, en un asunto similar a éste, la Directiva 76/207/CEE y la posterior Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional.

Debe advertirse que, no obstante, no es esa vertiente del derecho a la igualdad y no discriminación la que se afronta en el caso concreto. No se cuestiona en el supuesto (no se plantea en modo alguno por la recurrente, mujer) el requisito de la talla mínima exigida desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo público. Aunque en algún caso se ha puesto en relación^[1], no hay en el caso vinculación alguna con la discriminación indirecta por razón de sexo.

Esto es, no se trata de indagar si la medida, exigencia de talla única, igual para todos los aspirantes con independencia del sexo, genera una diferencia de trato injustificada, irrazonable y por tanto se convierte en un elemento aparentemente neutro que perjudica especialmente a las mujeres en relación con los varones. Si así fuera, el comentario se limitaría a constatar el cambio normativo para su adecuación al acervo comunitario en su interpretación por el TJUE que avala la diferencia de trato, diferentes tallas según el sexo, como medida requerida para hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades real y efectiva entre las mujeres y hombres.

El comentario trasciende hacia el análisis de la exigencia de una talla mínima como condición o requisito que genera una diferencia de trato entre ciudadanos que pretenden acceder al empleo en las Fuerzas Armadas.

La Orden del Ministerio de Defensa expresa también:

“La altura exigida en esta nueva norma revisa la establecida en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, aplicada hasta ahora, estando dirigida la nueva talla mínima a asegurar unas condiciones físicas que se estiman necesarias para las funciones tan exigentes que han de realizar.... Por todo ello, se hace necesario igualar los requisitos de talla mínima en todos los procesos de selección con independencia de si se accede a las escalas de oficiales, suboficiales o a la de tropa y marinería. No parece razonable que se exijan diferentes requisitos de estatura según se acceda a las escalas de oficiales y suboficiales o a la de tropa y marinería. Con esta medida se evita, además, que existan requisitos diferentes en los procesos de selección para el acceso a oficial y suboficial mediante las formas de acceso directo y promoción, no produciéndose discriminación entre las distintas Escalas y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, al ser la misma talla la exigida para el ingreso en cualquiera de ellos”. La exclusión se producirá a partir del 13 de enero, en los siguientes supuestos: “Talla: En bipedestación: Inferior a 155 cm en mujeres y 160 cm en hombres, o superior a 203 cm”.

Partiendo por tanto de la consideración de discriminación indirecta por razón de sexo y su depuración en el acceso a las Fuerzas Armadas en nuestro ordenamiento jurídico, nos abstraemos de tal concepto y nos centramos en el análisis de la exigencia de una talla mínima como condición o requisito de acceso, que genera una diferencia de trato entre ciudadanos. Diferencia que requiere partir de la situación comparable en que se encuentran todos los ciudadanos para acceder en condiciones de igualdad a estos empleos públicos y de si, en su caso, está o no justificada con fundamento en alguna circunstancia objetiva, razonable y proporcional.

Vayamos por partes, y fijemos con precisión de qué modo la talla juega o puede jugar como requisito de acceso a la función pública. Y en este sentido, la cuestión, que no queda resuelta en la sentencia, no es si pueden exigirse tallas diferentes en función del puesto, sino si es constitucionalmente válida la exigencia o requisito biológico de una talla mínima como condicionante final de acceso a las Fuerzas Armadas. Y en su caso, qué circunstancia objetiva, razonable y proporcional pudiera fundamentar la diferencia de trato exigida por el principio de igualdad.

Ya no hay diferencias entre cuerpos y escalas, no solo porque el TS lo entienda injustificado en el caso concreto, comparando puestos y funciones (recuérdese que en la sentencia expresa que “no se alcanza a comprender” la razón de ser de que quien va a dedicarse a la especialidad de Control Aéreo y los Sistemas de Información y Telecomunicación ha de tener esa talla), sino porque ahora el legislador zanja la cuestión considerando que “se hace necesario igualar los requisitos de talla mínima en todos los procesos de selección con independencia de si se accede a las escalas de oficiales, suboficiales o a la de tropa y marinería” porque no parece razonable que se exijan diferentes requisitos de estatura. Se evita así, dice el legislador, que haya discriminación entre las distintas Escalas y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, al ser la misma talla la exigida para el ingreso en cualquiera de ellos”.

Es cierto que, como ha quedado expuesto en páginas anteriores, el TS se pregunta en el auto de admisión si “la exigencia biológica que se impone, talla mínima, debe tener algún fundamento en relación con las funciones del puesto al que se pretende acceder”, pero también lo que es que perdió la ocasión para sentar doctrina general al respecto. En efecto, soslayada la diferencia de talla entre Escalas y Cuerpos, el requisito de talla mínima se sigue exigiendo, ahora diferente según el sexo. Recuérdese que la Orden del Ministerio de Defensa de 2019 dice: “estando dirigida la

nueva talla mínima a asegurar unas condiciones físicas que se estiman necesarias para las funciones tan exigentes que han de realizar"; y se añade, "se pretende mantener unas tallas mínimas coherentes con las de los países de nuestro entorno que permitan obtener la aptitud física necesaria, compatible con las exigencias operativas de nuestras Fuerzas Armadas".

Exigir una determinada talla (y la cuestión entonces es cuál ha de ser porque en nuestro país se observan diferencias entre cuerpos dedicados a la seguridad pública y Comunidades Autónomas) supone introducir una condición de acceso a la función pública, a las fuerzas armadas, que genera diferencia de trato entre los ciudadanos ligada a la aptitud o condiciones físicas necesarias compatibles con las exigencias operativas. Cabe dudar, no obstante, que ello sea así porque no solo no se explicita la relación o conexión entre la talla y esa aptitud sino porque, como queda acreditado en el caso concreto comentado, con una talla inferior a la requerida en la convocatoria superó las pruebas de aptitud psicofísicas requeridas; y en segundo lugar, porque si bien en la Orden se liga la aptitud física a las "exigencias operativas de nuestras Fuerzas Armadas", cabe que en las funciones del puesto a que se pretende acceder se realicen otras "no operativas".

De este modo esta circunstancia o exigencia biológica recuerda de alguna manera a la edad como requisito de acceso al empleo, y en particular a la excepción, general y específicas, a la discriminación por ese motivo que establecen las normas comunitarias, y en particular, la Directiva 2000/78. Norma comunitaria que admite la diferencia de trato en supuestos en los que la edad, entre otros motivos, suponga un requisito profesional y determinante (art.4º) -siempre que, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado-. Excepción que, en el marco de lo que puede denominarse seguridad pública "parece ser la regla, e incluso se permite no aplicar las disposiciones en la Directiva en el ámbito de las fuerzas armadas", para que los Estados miembros puedan seguir manteniendo la capacidad de sus fuerzas armadas. Opción por no aplicar las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discapacidad y a la edad a todas o parte de sus fuerzas armadas, debiendo entonces determinar "el ámbito de aplicación de esta excepción".

Se podría haber razonado por el TS en el caso concreto recordando que no cabe diferencias de trato en el acceso al empleo público que sean injustificadas e indagando si cupiera entender que no hay razón objetiva, razonable y proporcional que fundamente la exigencia de una talla mínima para acceder a cualquier cuerpo y escala de las Fuerzas Armadas. ¿Cabe justificar de algún modo que se fije una talla mínima para acceder a las Fuerzas Armadas?.

Podría argumentarse, tal y como ocurre con otra circunstancia biológica, la edad, que la diferencia de trato basada en la talla ha de traer causa en la naturaleza de la actividad profesional, esto es, siempre que esa característica constituya un requisito esencial y determinante en relación a las exigencias profesionales del puesto de trabajo a desempeñar. Lo que requiere ponerla en relación con las funciones que haya de realizar el cuerpo de seguridad pública concreto y exige desentrañar si la talla mínima se requiere como condición para desarrollar las funciones que correspondan a los empleados públicos en el caso concreto; y si fueran esencialmente funciones administrativas, no de fuerza física o intervención en condiciones difíciles, incluso extremas, devendría difícilmente explicable y justificado tal requisito.

Téngase en cuenta que no se trata de justificar solo que la talla mínima sea un requisito profesional esencial y determinante, sino que la característica exigida para el desempeño profesional está vinculada estrechamente a ese requisito de talla mínima. Esto es ha de existir una relación clara y determinante entre el mínimo de talla exigido y la característica relacionada con la talla (lo que requeriría vincularla a las tareas concretas, aun entre las Fuerzas Armadas, porque pudiera ocurrir que la convocatoria refiera no a trabajos más operativos sino, por el contrario, más administrativos);

característica que ha de ser esencial para el adecuado desarrollo de las funciones y tareas propias del puesto a ocupar. Sin olvidar, lo que esencial a nuestro juicio, que, como se ha expresado, dicha exigencia debe cubrir una finalidad que no pueda obtenerse por otra vía, “como pueden ser las pruebas que acrediten el cumplimiento de las condiciones físicas precisas para la prestación de servicios”^[2]. De lo contrario se trataría de un requisito desproporcionado y contrario al principio de igualdad de trabajo.

Y resulta que en la actualidad, indirectamente, si las normas de acceso han establecido las mismas reglas en relación con la talla mínima exigida para acceder a los diferentes cuerpos y escalas de las Fuerzas Armadas, cabría entender que se está reconociendo que no hay característica alguna relacionada con la talla que sea esencial para el adecuado desarrollo de las funciones y tareas propias del puesto a ocupar. Si ello es así, debería eliminarse; de lo contrario, aunque se hayan establecido distintas tallas en función del sexo, se seguirá planteando si, acreditados competencia, mérito y capacidad en el proceso selectivo (en las diferentes pruebas selectivas), sea hombre y mujer que no alcance la talla mínima, se cumple con el condicionante de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en la diferencia de trato basada en esa circunstancia biológica.

X. Apunte final

La exigencia de una talla mínima como condición o requisito de acceso al empleo público, en concreto en las Fuerzas Armadas, debe quedar justificada atendiendo a la característica relacionada con ese requisito; característica que ha de ser esencial para el adecuado desarrollo de las tareas propias del cuerpo y/o escala para el que se ha convocado el proceso selectivo. Las exigencias “operativas” en el ámbito de este sector del Empleo Público no pueden erigirse en razón o motivo genérico (casi como cláusula de estilo) de la diferencia de trato y menos aún cuando en el proceso selectivo concreto convocado haya unas pruebas psicofísicas que pueden ser superadas aunque el/la aspirante no alcance la talla mínima exigida.

Referencias:

1. [^] Vid., ROJO TORRECILLA, E: *Proceso selectivo para ingreso en centro docentes militares de formación. Discriminación por razón de altura. Una nota breve a la sentencia del TS (C-A) de 10 de julio de 2019* <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/08/proceso-selectivo-para-ingreso-en.html>
2. [^] Vid., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Discriminación por razón de edad”, en García Murcia, J. (Dtor): *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea*; Aranzadi, p.548