

TEST GENÉTICOS Y VIGILANCIA DE LA SALUD DEL TRABAJADOR

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Estado de la cuestión. 3. Relación con algunos derechos fundamentales de la persona. 4. Tratamiento internacional de la materia. 5. Tratamiento de la cuestión a nivel comunitario. 6. Protección de la salud laboral y genética en el ordenamiento jurídico español.

INDEX: 1. Introduction. 2. State of the question. 3. Relationship with the person's fundamental rights. 4. International treatment of the question. 5. Treatment of the question at community level. 6. Protection of the labour health and genetics in the spanish juridical classification.

PALABRAS CLAVE: Genética • Derechos fundamentales

KEY WORDS: Genetics • Fundamental rights

1. INTRODUCCIÓN

El problema de la posible colisión entre la vigilancia de la salud por el empresario y la necesaria protección de la esfera privada o íntima del trabajador no es, desde luego, nada nuevo en la rama social del Derecho. Si como demuestran la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información o documentación clínica, o la Recomendación nº 5 de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Médicos este problema ya es grave en relación con la genérica atención médica de cualquier persona, la cuestión se torna aún más complicada en aquellos casos en los que este tipo de actuaciones se realizan ya sea como fase previa en el proceso de contratación o como medio para el cumplimiento del deber empresarial de vigilancia de la salud. El grado de posible penetración descontrolada de tal examen, su carácter en muchas ocasiones obligatorio, la posición de debilidad del aspirante al trabajo, unido a sus posibles efectos negativos e injustificados, ya sea sobre el empleo o sobre las condiciones en las que éste se presta, han provocado que éste haya sido uno de los campos en donde, tradicionalmente, se ha analizado con mayor atención la posibilidad de una violación de la intimidad y la necesidad, por tanto, de imponer límites ciertos frente a una discriminación no justificada, ya sea del trabajador o del simple demandante de empleo, pero es que, además, a nadie escapa su rabiosa actualidad. Los progresivos avances científicos de estos últimos años que han permitido adquirir, albergar, relacionar y, en su caso tratar, como nunca hasta ahora se había hecho, esos mismos datos, unido al progresivo interés por la tutela de los derechos fundamentales

de los empleados o demandantes de empleo han provocado un progresivo interés por este problema no sólo en el plano nacional, sino también y como recordaba el Comité de Expertos en el uso de los exámenes médicos para el empleo del Consejo de Europa, en el plano internacional, comparado o comunitario.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el país más avanzado del mundo, como es EEUU, ni el Tribunal Supremo, ni tan siquiera alguna Corte Estatal había decidido, al menos hasta el año 2001, un caso de posible discriminación por razones o motivos genéticos. El único caso que podría entrar en este campo sería el conocido caso *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory*. Pero en este supuesto parece que la Sentencia de la Corte de Apelación del Noveno Circuito de 3 de febrero de 1998, pudo basarse más en la ligazón de ciertos genes analizados con ciertos rasgos raciales o con el hecho de que subrepticamente también se indagó en el posible embarazo de algunos de estos trabajadores que en el análisis o la discriminación producida por ciertos rasgos genéticos.

Basta indagar algo en los múltiples estudios que poco a poco invaden internet para constatar que no nos encontramos ante un mero problema teórico. En 1982, una encuesta del Gobierno Federal norteamericano señalaba que el 1,6% de las compañías que respondieron realizaban controles genéticos —genetic testing o genetic screening— para fines de empleo. En una encuesta similar realizada por la American Management Association quince años después, en 1997, se concluía que entre el 6 y el 10% de los empleadores habían realizado pruebas genéticas. Y tan sólo dos años después otra encuesta realizada por esta misma institución indicaba que el 30% de las grandes y pequeñas empresas norteamericanas buscaba algún tipo de información genética sobre sus empleados, y que el 7% la utilizaba para la contratación y promoción de estos mismos empleados.

En este panorama no es extraño que un estudio de la Universidad de Georgetown realizado en 1996 detectase que, sobre una muestra compuesta por 332 familias que pertenecían a grupos que soportaban enfermedades genéticas, un 22% contestase indicando que habían sido rechazados de seguros de salud por esta causa, mientras que un 13 % había sido despedido de su trabajo por la mera percepción de riesgos atribuida a su estatus genético; o que en su Informe de 20 de enero de 1998, sobre Información Genética y Lugar de Trabajo, el Departamento de Trabajo norteamericano, señalase como se habían detectado más de 550 casos en los que se había producido una discriminación por la predisposición genética a algunas enfermedades; o que finalmente, en el año 2001 en un estudio realizado por la Dra. Wertz, del Centro Médico de la Universidad de Massachusetts, mediante una encuesta a 1500 consejeros genéticos o médicos se acabase detectando al menos 785 casos de posible discriminación por razón de su configuración genética.

En realidad esta situación es tan real que ha provocado la aparición de múltiples grupos en defensa de estos colectivos que, no olvidemos podemos ser todos, en la medida en la que como recuerda el Pr. Collins, todos somos portadores de algún gen “mutado” o problemático. Ejemplo de este tipo de organizaciones son el “Council for responsible Genetics” o la “Genetic Alliance”, al mismo tiempo que la importancia de la cuestión se percibe

al detectar la progresiva atención sobre el tema de grupos de protección de los derechos civiles como la Unión de Libertades Civiles o del propio Instituto Nacional para la Investigación sobre el Genoma Humano. Desafortunadamente, no creo que esta situación, ya de por sí intolerable, vaya a mejorar. En primer lugar, porque como se ha indicado en más de una ocasión, una vez descifrado todo el Genoma humano al final del siglo pasado, la posibilidad de ir procediendo a una paulatina identificación de genes que, por una u otra razón, provoquen, incidan o favorezcan, y esta relación dista de ser insignificante, algún tipo de enfermedad o condicionamiento socialmente considerado desfavorable, se ha incrementado no sólo aritmética, sino, geoméricamente.

Basta analizar las sucesivas evoluciones de los más importantes libros de biogenética para apreciar lo que les indico. Con las herramientas provenientes del Proyecto Genoma Humano, un nuevo gen es descubierto y analizado cada semana. Y es que si hace unos años apenas tan sólo podían detectarse un puñado de marcadores genéticos ligados a estas cuestiones, en la actualidad es posible detectar la base genética que provoca o favorece enfermedades tan variadas como la distrofia muscular Duchenne, el síndrome del cromosoma X, la enfermedad de Lou Ghering o el síndrome de Marfan, entre otros muchos. Es más, ya no parecen existir dudas de la relación con datos genéticos de determinados tipos de cánceres extraordinariamente extendidos como el cáncer de pecho o colon.

Y junto a este conocimiento, que les avanzo, no siempre resulta totalmente exacto ni cierto, se ha producido una segunda cuestión ciertamente trascendente: la progresiva popularización y abaratamiento de este tipo de test que permite, no sólo su realización por personal lego, o no sometido a los controles necesarios por parte de instituciones públicas, colegios o códigos deontológicos, sino también su abaratamiento convirtiéndose en un arma extraordinariamente poderosa entre el abanico de instrumentos, no siempre legales, con los que podría contar el empresario a la hora de seleccionar o no seleccionar, de promocionar o no, o de despedir o no a un candidato o trabajador.

En este sentido, ya en 1998 ciertas alteraciones genéticas podían ser detectadas con un análisis de sangre por sólo 200 \$. Y como recordó el Dr. Francis Collins, director Americano del Proyecto Genoma Humano, para el año 2010 por la modesta suma de unos 100 \$ podrá seguramente comprarse un test que identifique marcadores genéticos ligados a más de un millar de enfermedades o condiciones ligadas al campo genético. Y todo esto sin olvidar que hay formas mucho más simples y, por ello, extendidas, de incluirnos, aun injustificadamente, esto es, no por su legalidad o ilegalidad sobre la que volveremos luego, sino porque no necesariamente tendríamos que ser portadores de tales genes por los que seremos discriminados, entre estos colectivos discriminados. Baste pensar en las preguntas tan extendidas, como quizás por ello normalizadas, relativas a la presencia de ciertas enfermedades de base hereditaria en nuestras familias como el Alzheimer, el cáncer de pecho, o la enfermedad de Huntinton, para comprender como en ocasiones el acceso a este material genético puede ser tan simple como a la vez injustificado.

3. RELACIÓN CON ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Desde esta perspectiva, es fácil intuir el porqué de la progresiva preocupación por este tipo de análisis, por sus resultados y por sus posibles consecuencias sobre el empleo y las condiciones de éste que remarca ya incluso la propia Comisión Europea. La intimidad o reserva sobre el patrimonio genético, y la prohibición de discriminación por razón de éste se han ido convirtiendo con el paso de los años en objeto de progresiva atención tanto de normas internas, de entre las que sin duda destaca la regulación de los diversos estados norteamericanos, como de diversos tratados e instrumentos internacionales que intentan abordar una cuestión más que delicada. Y es que no debe olvidarse que este tipo de indagación y su posible utilización como base de decisiones empresariales presentan algunas peculiaridades que exigen una regulación seguramente especial e incluso aún más restrictiva que la relativa a los datos médicos de los aspirantes al trabajo, como de hecho, ya ha señalado igualmente, y entre otros, la propia Comisión Europea en su segunda comunicación a los interlocutores sociales europeos sobre la necesidad de una actuación normativa en relación con la protección de los datos personales de los trabajadores.

En este sentido, no debe olvidarse, en primer lugar, que esta discriminación presenta un problema básico y fundamental que no se da, en absoluto, en el resto de supuestos discriminatorios. Y es que en muchas ocasiones el propio sujeto discriminado desconoce que forma parte de ese colectivo discriminado al desconocer paradójicamente su propio mapa o, por utilizar la terminología de la UNESCO, patrimonio genético. La posibilidad de extraer este ADN de simples muestras de pelo o de piel hace que en muchas ocasiones el trabajador o aspirante desconozca completamente la realización de unas pruebas de las que, obviamente, no será siempre informado y que, por consiguiente, desconozca sus resultados y de que son estos la causa fundamental de la consecuencia negativa que sufre su patrimonio o sus intereses¹.

Destacar que este carácter especialmente odioso de este tipo de prácticas se acrecienta por diversas razones. La primera por el hecho de que la razón de esta discriminación se liga no sólo a un hecho involuntario para el individuo, como sucede en general en todos los supuestos en los que la discriminación no actúa como protección indirecta de otros derechos fundamentales como la libertad ideológica, religiosa o sindical, sino con aspectos ligados a lo más íntimo y, si me permiten la expresión, más secreta e importante de un ser humano. Si con cierta razón se ha dicho, por el autor del gen egoísta, que el ser humano no es sino un fenotipo de un código genético que pretende, sin saber muy bien la razón, pervivir a través de múltiples combinaciones, se ha de estar de acuerdo en que discriminar por

¹ A mi juicio, seguramente ésta es una de las causas de la baja conflictividad judicial de este tema y de que como recordaba la Pra. Wertz, los datos que antes les indicaba debieran incrementarse incluso exponencialmente. Y es que como veremos, en el único caso de actuación administrativa que se conoce, el proporcionado por la actuación de la EEOC frente Burlington Northern Santa Fe Railroad, el trabajador dudó de la actuación de su empresa no ya por sí mismo, sino por el dato, casi anecdótico, de que su mujer era enfermera y se cuestionó la pertinencia de las pruebas para la teórica funcionalidad a la que estaban destinadas. Pero sobre ello, quizás podamos volver más tarde.

esta razón es, sin duda, especialmente odioso. Y de hecho, en alguna encuesta en EEUU más del 83 % de los encuestados estuvieron de acuerdo en la necesidad de una prohibición expresa de este tipo de prácticas laborales.

En segundo lugar, porque la mayor parte de estas discriminaciones se producen por una interpretación de ciertos datos obtenidos ilegalmente que, además, no aportan una certeza absoluta, no sólo sobre si realmente la enfermedad va a actualizarse realmente, sino también sobre el cuándo ocurrirá e, incluso, sobre con que intensidad ésta se manifestará. Existe una casi absoluta unanimidad entre las organizaciones de derechos civiles como la American Civil Liberties Union y los propios investigadores, como también ha destacado la propia Comisión Europea, la OIT o el Informe Fiori, en resaltar como en muchas ocasiones no existe certeza alguna, tan sólo propensión más o menos acentuada en función de una pluralidad de factores externos, a sufrir una enfermedad que no se sabe cuando y si actuará, del mismo modo que se desconoce la intensidad con la que aquella podría manifestarse. De ahí que la típica presunción y/o perjuicio sobre el que se sustenta toda discriminación en el empleo sea en este caso especialmente clara y odiosa.

En tercer lugar, tampoco cabe olvidar que la mera posibilidad de este tipo de discriminaciones y el temor a la posible divulgación de este tipo de datos perjudican ya en la actualidad la participación de los pacientes en este tipo de investigaciones científicas reduciendo así el posible desarrollo de una rama de la ciencia que abre un enorme campo de posibilidades para la humanidad. Baste recordar, por mencionar tan sólo un ejemplo tomado de Barbara Fuller del Instituto Nacional de Investigación en el Genoma Humano, como en EEUU un tercio de mujeres a las que se había invitado para la realización de un estudio sobre el cáncer de pecho y su posible base genética, habían rechazado tal posibilidad por el temor a perder su seguro o su trabajo si se detectaba el “gen defectuoso”.

Y finalmente, la última de las peculiaridades de este tipo de estudios y de sus manifestaciones que me gustaría destacar es que, en muchas ocasiones, éstas pretenden ampararse no ya tanto sobre la sufrida libertad de empresa, sobre la que podría decirse con razón que “cuántas barbaridades se han hecho o tratado de justificarse en su nombre”, como en una pretendida ligazón con la obligación general del empleador de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores que exigiría, en primer lugar, la realización de este tipo de controles y, en segundo lugar, la exclusión de los genéticamente débiles o propensos a sufrir algún tipo de enfermedad ligado al ambiente de trabajo. Esta aparente o, si me lo permiten, y avanzo ya en gran parte mi opinión, fraudulenta conexión con el bien jurídico más preciado del trabajador hace que la frontera en el acceso, el uso, el control y en la fundamentación de este tipo de actos podría conectarse con las tradicionales excepciones a las prohibiciones discriminatorias. Y ello, obviamente, exige un trato o una atención peculiar como la que poco a poco ha ido asumiendo este tema en el plano internacional, comunitario y comparado.

4. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA MATERIA

En este sentido, y entre los primeros documentos internacionales que abordaron este tipo de problemas se encuentra, sin duda, la Recomendación n.º 3 del año 1992, adoptada

por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a los controles e investigaciones genéticas con fines de salud, adoptada el 10 de febrero de 1992. Y es que aunque pionera en la materia, esta Recomendación esbozaba ya los principios esenciales que, lógicamente con diversos matices, han dio paulatinamente informando los posteriores instrumentos sobre esta materia. Desde esta perspectiva, es necesario destacar, en primer lugar, como la Recomendación parte ya desde un principio, no sólo del carácter público y no secreto de este tipo de pruebas, sino también, y sobre todo, del normalmente necesario consentimiento informado del interesado. Por ello, cualquier prueba genética debiera acompañarse, en primer lugar, de un consejo apropiado, antes y después de su realización. La información que debiera aportarse incluiría los datos médicos pertinentes, los resultados del test así como las consecuencias y opciones para el afectado. Debiera, asimismo, explicarse los fines y la naturaleza del test, así como sus posibles riesgos, adaptándose a las circunstancias en las que el individuo y su familia recibirían la información genética. Y en todo caso, se exige que el consentimiento debe ser libre e informado pero no dirigido, estableciéndose reglas especiales para determinados colectivos específicos.

Además, y en segundo lugar, es importante destacar como la misma Recomendación recoge, en su punto sexto, el principio según el cual la admisión o la continuación en el ejercicio de ciertas actividades y, en especial, en el empleo, no puede hacerse depender del sometimiento a test o controles genéticos que, además, siempre deberán tener una finalidad médica y habrán de ser realizados por personal médico especializado en centros que, deseablemente, hubieran recibido una autorización estatal Y de hecho, este punto sexto tan sólo permite excepciones a este principio por razones directas de protección de la propia persona o de terceros y directamente relacionados con las específicas condiciones de la actividad. La Recomendación nº. 3 no establece, por tanto, una prohibición absoluta de este tipo de test, pero sí los orienta hacia la parcela exclusivamente médica prohibiendo genéricamente cualquier reacción negativa frente al rechazo del trabajador a realizar este tipo de test.

Finalmente, y como tercer pilar que me gustaría destacar de todo este proceso, es la necesaria confidencialidad de tales datos, que, al igual que todos los datos médicos, debieran ser objeto de una protección y guarda separada del resto de datos personales.

En definitiva, no obligatoriedad, voluntariedad previa informada o lo que se ha dado en llamar “autodeterminación informativa”, y confidencialidad de los datos eran los principios esenciales sobre los que se sustentaba aquella primera regulación que, partiendo ya de ciertos fenómenos discriminatorios ocurridos por esta causa en los años 70 en EEUU, si bien en este caso relacionados con causas raciales, pretendía abordar de forma general y no ligada específicamente al mundo del trabajo, un problema que se hallaba sólo en sus principios. Y de hecho, estos principios no eran realmente muy diferentes a los establecidos en la Recomendación nº 2 de 1989, del mismo Consejo de Europa sobre Protección de Datos Personales usados para fines empresariales, del mismo también resulta de interés recordar como la Recomendación nº 5 de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, entre los que se incluyen los genéticos, abordaba igualmente esta cuestión al señalar que los datos genéticos recabados con fines terapéuticos tan sólo podrían ser usados para tales fines médicos o para permitir obtener información al interesado.

En cualquier caso, la preocupación internacional por este tema, y en especial del Consejo de Europa, no se ha limitado a estas Recomendaciones. En estos últimos años se ha venido detectando una especial preocupación sobre estas cuestiones, de las que es buen ejemplo, por citar tan sólo algunas, la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO. Esta declaración, tras recordar la necesidad de respeto de los principios de consentimiento y confidencialidad (art. 9), establece en su art. 6, una rigurosa prohibición de discriminación en estos temas al indicar “nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efectos sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”.

Y de forma aún más clara se expresa la, a mi juicio, auténtica piedra angular de este tema: el Convenio de Asturias de Bioética, también conocido como Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, elaborado en el seno del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997, ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999 y publicado en el BOE de 20 de octubre. Este Instrumento internacional, a mi juicio en numerosos aspectos directamente aplicable en España (art. 96 CE), dado su carácter self-executing en muchos de sus preceptos, y que desde luego, debe integrar y orientar la interpretación de las normas constitucionales españolas (art. 10.2 CE, y en especial, los art. 14 y 18 CE), señala en su art. 11 que “se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”. Y, en segundo lugar, en su art. 12 establece, al parecer sin limitación alguna, que “sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”.

Por otra parte, no debe olvidarse que se trata de un convenio de mínimos, que no impide una mayor protección nacional (art. 27) y en el que se obliga a las Partes signatarias (art. 25) a prever sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio. En relación con este tema, y como interpretación no ya “auténtica” pero ciertamente autorizada de este texto quizás convenga detenernos igualmente en el Informe Explicativo de la Convención, desarrollado bajo la responsabilidad del Secretario General sobre la base del trabajo previo realizado por el Steering Committee on Bioethics. El Comité de Ministros autorizó su publicación el 17 de diciembre de 1996. De acuerdo con dicho Informe, el art. 12 del Convenio prohibiría la realización de pruebas genéticas de predicción por otras razones que no fueran la salud o la investigación relacionada con ésta. Por tanto, se prohibiría la realización de test genéticos como parte de exámenes médicos previos al empleo, cuando no sirvan a un fin de salud para el individuo. Para el Informe esto significaría que en circunstancias particulares, cuando el ambiente de trabajo pudiera tener consecuencias negativas para la salud, estos test genéticos de predisposición podrían ser usados sin perjuicio del objeto de mejorar las condiciones de trabajo, ya que en estos casos el test sí sería usado en interés de la enfermedad del individuo. En cualquier caso, y de acuerdo con el art. 5 del mismo Convenio, la prueba genética deberá ser desarrollada si el afectado ha dado su consentimiento libre e informado, siendo informado, además de forma apropiada.

5. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN A NIVEL COMUNITARIO

En este marco es fácil comprender que la prohibición de esta discriminación haya acabado motivando la actuación de los órganos Comunitarios e incluso haya alcanzado el propio Derecho de la Unión. Así en relación con este tema, que duda cabe de que una de las declaraciones más influyentes en esta materia fue la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética de 16 de marzo de 1989 (DOCE C 96 de 17 de abril de 1989), que subrayaba, en relación con el análisis del genoma de los trabajadores, que la selección de trabajadores individualmente propensos a determinados riesgos no puede constituir en ningún caso una alternativa a la mejora del ambiente del lugar de trabajo. Se exigía, además, que se prohibiese jurídica y vinculantemente la selección de los trabajadores según criterios genéticos. Se pedía, en tercer lugar, que se prohibiese en general los análisis genéticos en los reconocimientos médicos sistemáticos, que se prohibiese las investigaciones genéticas previas a la contratación de los trabajadores de uno y otro sexo por parte de los empresarios con objetivos de carácter médico laboral, y que sólo se permitiesen aquellas que éstos decidieran libremente, realizadas por un facultativo de uno u otro sexo de su elección, aunque no por un médico de empresa, y en relación con la salud actual y sus posibles riesgos debido a las condiciones de un determinado lugar de trabajo.

Además, de acuerdo con dicha Resolución los resultados se debían comunicar exclusivamente a los interesados y su posible difusión sólo se debía efectuar por parte de los interesados mismos. Se debía perseguir judicialmente cualquier violación de los límites del derecho de información. El consentimiento debía ser tal que el trabajador fuese minuciosamente informado sobre el análisis, el significado de sus posibles resultados, y que la negativa a realizar dichos análisis les podía acarrear consecuencias positivas o negativas.

Finalmente, la misma Resolución, sin duda ejemplar, pedía que dichos datos fuesen confidenciales y que éstos se protegiesen, mediante medidas especiales, contra el uso indebido por parte de terceros.

En este contexto, no debe por tanto extrañarnos que el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea estableciera ya, expresamente, la prohibición de toda discriminación y, en particular la ejercida por razón de las características genéticas. Y si bien es verdad que esta prohibición no ha encontrado una plasmación aún expresa en el derecho derivado, no lo es menos que en este caso quizás pudiera aplicarse la conocida doctrina norteamericana, básicamente apoyada por la EEOC desde 1995, de considerar que una discriminación basada en las razones genéticas podría considerarse una discriminación por razón de discapacidad prohibida ya por la Directiva 2000/78/CEE del Consejo, de 27 de noviembre, aunque, como veremos resulta discutible.

Por ahora, lo que sí me gustaría destacar por la indudable importancia que puede tener sobre este tema es la existencia de una previsión expresa sobre tal cuestión en la segunda propuesta que la Comisión envía a los interlocutores sociales sobre la oportunidad y sentido de un posible acuerdo o actuación comunitaria en relación con la protección de datos personales del trabajador. Dejando a un lado los principios esenciales que deben regir toda

esta cuestión, principios de necesidad, relevancia y proporcionalidad, obtenidos honestamente del trabajador, abiertos a éste sin restricciones y sin fines discriminatorios, lo más relevante de dicha consulta es que, junto a un apartado dedicado exclusivamente a los datos médicos, se introduce otro específico, sobre los test genéticos.

La opinión de la Comisión que se somete a la opinión de los interlocutores sociales es, en primer lugar, que este tipo de prueba implica un riesgo de intrusión en los derechos fundamentales y en las libertades del trabajador, y en particular, de su intimidad e incluso de la de su familia. De ahí la necesidad, como ya les señalé antes, de una protección más específica que la prestada incluso a otro tipo de datos sanitarios. En segundo lugar, se destaca como en el momento actual de desarrollo científico, el factor genético no determina necesariamente el desarrollo de la enfermedad. Primero porque en muchas ocasiones la detección temprana permite un tratamiento adecuado. Y segundo, porque en otras, se trata de una simple predisposición que puede o no actualizarse en función de múltiples factores medioambientales.

Desde esta perspectiva, la Comisión concluye, con unas conclusiones menos drásticas que la primitiva Resolución del Parlamento indicando, y esto es importante, que un acuerdo sobre esta materia debería incluir, en primer lugar, un estricto sometimiento al principio de proporcionalidad de tal forma que tan sólo resulten admisibles si no existe un medio menos invasor de alcanzar el objetivo propuesto. En segundo lugar, la posible realización de este tipo de test no debe reducir, por esta vía, la mejora de las condiciones del medio ambiente laboral. Si existe una sustancia que pueda provocar un riesgo, la solución, es, en primer lugar, eliminarla, no buscar mediante pruebas genéticas trabajadores para los que dicho riesgo sea inexistente. En tercer lugar se exige un apropiado consejo genético, con respeto al derecho a no saber. Y finalmente, se inquiera sobre la posibilidad de un control previo por parte de una autoridad nacional que tenga en cuenta las peculiares circunstancias de cada caso, la calidad del test y la necesidad de hacer un adecuado equilibrio entre todos los derechos implicados en la cuestión. En cualquier caso, parece evidente que dada su necesaria finalidad de protección de la salud, tales datos deberán, además, disfrutar de las reglas establecidas para los datos médicos en esta misma consulta; esto es, que su procesamiento debe ser la excepción, tan sólo admisible cuando sean necesarios para averiguar si el trabajador es apto para desarrollar las funciones esenciales de su particular empleo o para cumplir con los requerimientos de salud laboral. Estos datos además deberán ser confidenciales y albergados de forma separada al resto de los disponibles sobre el trabajador.

Por último, y para terminar este breve paseo por la regulación internacional, comunitaria y comparada sobre este tema, me gustaría concluir haciendo referencia, finalmente, a la situación legal en el país que, al menos en esta materia, debe servirnos, creo, como guía o, al menos, como aviso de los posibles problemas que pudieran plantearse: EEUU.

En primer lugar, durante estos últimos años se han incrementado exponencialmente las regulaciones de los diversos Estados que han ido prohibiendo con mayor o menor exten-

sión y con mayor o menor rigor la discriminación por razón genética en el campo laboral². Se trata de legislaciones básicamente centradas en la prohibición de discriminación pero que presentan algunas diferencias. Dejando a un lado el carácter más limitado y específico de las primeras regulaciones centradas en el problema de la sickle—cell trait, la mayoría de ellas no se limitan a prohibir este tipo de discriminación basada en el resultado de un test genético (como sucede, por ejemplo en la legislación establecida en 1975 y 1997 en North Carolina), sino que prohíben tanto esta discriminación como la búsqueda o el requerimiento por el empleador de este tipo de test o su imposición como condición para obtener el empleo. Este último sería el caso, por ejemplo, de las legislaciones de Nebraska, Connecticut, Kansas, New Hampshire, Nevada, Texas, Maryland o Michigan que prohíben tanto la discriminación por negarse a realizar este tipo de test como su imposición por el empresario como requisito para obtener un puesto de trabajo. Como peculiaridad también cabe destacar como la legislación de Iowa, Wisconsin y la de New Hampshire prohíbe acuerdos laborales que comprometan cualquier pago o beneficio como compensación o, si ustedes prefieren, incitación a la realización de exámenes genéticos.

En cualquier caso, el contenido de todas estas normas no es, desde luego uniforme. Así, es posible diferenciar entre aquellas legislaciones que parecen prohibir esta discriminación de manera total o absoluta (como sucedería, al menos por la información de la que dispongo, en Connecticut, Virginia, en la legislación de Oklahoma aprobada en 1998, la de Rhode Island en 1992, la de New Jersey en 1996 o las de Minnesota o California por mencionar tan sólo algunos ejemplos), de aquellas otras que establecen excepciones ligadas ya sea a la ADA (Ley contra la discriminación de minusválidos como sucede en Illinois), a las exigencias del puesto de trabajo (Michigan, Nebraska o Missouri) o a la cualificación ocupacional necesaria derivada de la buena fe (Maine o Delaware). Igualmente cabe destacar como la legislación de otros estados como Michigan o Nebraska autoriza expresamente al trabajador a dar voluntariamente este tipo de información cuando esté relacionada con la seguridad del trabajo o el estado de su salud. Una excepción similar cabe encontrar igualmente en Iowa que también permite esta comunicación al empleador, si existe consentimiento informado, para determinar la susceptibilidad del trabajador a sustancias tóxicas presentes en el puesto de trabajo. Y por mencionar una última excepción, la legislación aprobada en 1996 en Nueva York permite al empleador el requerir un específico test genético como condición para contratar cuando tal test sirva para detectar directamente una anomalía genética que pudiera incrementar el riesgo de enfermedad como resultado del ambiente de trabajo. Una excepción similar, aunque no idéntica, es posible encontrar igualmente en la reciente legislación de Utah. Finalmente también resulta ejemplificativa la detallada regulación que en muchos de estos casos se hace del consentimiento informado

² Ejemplos de este tipo de regulación, que alcanzaba ya, al menos a 30 de los 50 Estados de la Unión, serían las de North Carolina (1975 y 1997) Louisiana (1982) y Florida (1987) —relativas tan sólo a la discriminación genética basada en el sickle-cell trait—, las de New Jersey (1981 y 1996), Iowa (1982), New York (1990, 1996), Rhode Island (1992), New Hampshire (1995), Arizona, Texas y Michigan (1997), las de Maine, Missouri, California, Delaware, Kansas, Oklahoma, Vermont y Connecticut (1998), Nevada (1999) Massachusetts y Michigan (2000) o Arkansas, Sout Dakota, Minesota, Nebraska, Wisconsin y Maryland (2001). En el año 2002 fueron aprobada las dos últimas normas de las que tengo noticia en Utah y Virginia.

como sucede, paradigmáticamente, en el caso de Massahusets, o el establecimiento de sanciones específicas en caso de incumplimiento de las mencionadas normas. Así sucede, por ejemplo, en Minnessota, en donde la legislación permite reclamar hasta el triplo del daño sufrido, junto con otros costes, o en New Hampshire, en donde se prevé la imposición de sanciones mínimas por cada violación. Por último, también resulta llamativo el diferente tratamiento de la historia familiar, y ello porque si bien algunas legislaciones la incluyen entre los medios a través de los cuales puede accederse a la información genética cuyo uso queda vedado y prohibido al empleador (Michigan y South Dakota, y parece que también en California, Connecticut, Michigan, North Carolina y Maryland), en otros como en Arkansas, Oklahoma o Missouri no se incluye o incluso se excluye expresamente de la información genética vedada al empresario.

En segundo lugar y a nivel federal, lo cierto es que aún no existe una legislación específica que prohíba esta posibilidad en relación con el empleo. Es verdad que la EEOC considera desde 1995 que este tipo de discriminación estaría prohibida bajo la ADA, esto es, la legislación antidiscriminatoria por incapacidad. Pero la cuestión creo que dista de ser clara, a pesar del apoyo que a esta tesis parece haber dado la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Bragdon v. Abbot*, relativo, eso sí, a un caso de infección de por VIH y no por un problema genética.

Por otra parte, también es cierto que la Orden Ejecutiva del Presidente Clinton 13145 estableció una expresa prohibición de discriminación por razón genética. Pero no lo es menos que esta Orden tan sólo es aplicable en el ámbito del empleo de la Administración Pública. Por ello y, en definitiva, no han sido pocas las iniciativas que como las del Senador Tom Daschle, líder de la anterior mayoría demócrata en el Senado, han intentado prohibir este tipo de discriminación. Las últimas noticias de las que dispongo indicaban que se había alcanzado un acuerdo en el Senado entre republicanos y demócratas en mayo de 2003 para regular finalmente esta cuestión a nivel federal, como insistentemente se había venido reclamando por los expertos tanto jurídicos como tecnológicos.

6. PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL Y GENÉTICA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Pues bien, en este contexto, ¿cuál es el régimen jurídico de este tipo de test en relación con la vigilancia de la salud?. En principio, la situación legal de nuestro país podría parecer desalentadora, como de hecho destacaba, por ejemplo, la Pra. Sánchez Torres en 1997, al indicar la falta de “sensibilidad” de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en relación con esta materia. Y es que si bien la LPRL y el RDSP incorporan diversas normas sobre vigilancia de la salud que, en su perspectiva protectora, otorgan un cierto estatus y protección a este tipo de pruebas, no lo es menos que en ningún momento a lo largo de la misma se aborda la regulación de un tema que, tarde o temprano, y seguramente esto último, alcanzará finalmente a la realidad sociolaboral española. Es más, esta “anemia” legal se aprecia a todos los niveles legislativos. Y es que, de hecho, tan sólo he encontrado dos normas autonómicas, las leyes sanitarias de La Rioja —Ley 2/2002 de 17 de abril, y Ara-

gón —Ley 6/2002 de 15 de abril, en las que se incluya textualmente la prohibición de discriminación por razones genéticas.

La primera establece en el segundo párrafo del Artículo 8, titulado “Derechos relacionados con la constitución genética de la persona” que *“El paciente tiene el derecho a la confidencialidad de la información de su genoma y que éste no pueda ser utilizado para ningún tipo de discriminación ni individual ni colectiva, por lo que los registros de datos genómicos se configurarán y dispondrán de mecanismos necesarios para garantizar la confidencialidad”*; mientras que en el art. 7 de la segunda norma citada se establece, en primer lugar, en su párrafo 3 que *“se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”*; mientras que, en segundo lugar, el apartado 4 sostiene que *“Las pruebas predictivas de enfermedades genéticas, las que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o las utilizadas para detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, sólo podrán realizarse con fines médicos o de investigación médica, con un asesoramiento genético apropiado y con consentimiento del paciente”*. La influencia de la normativa y de las recomendaciones internacionales es palmaria en ambas normas pero no debe olvidarse que, si bien estas normas pudieran parecer omnicomprensivas, su ámbito es, en realidad, bastante limitado no sólo geográfica sino también materialmente. Y ello en la medida en la que cabría al menos sostener que tales reglas únicamente podrían vincular al servicio de prevención pero no a los empleadores en sus relaciones laborales que quedan extramuros —art. 149.1.7 CE— de la posible competencia autonómica.

Sin embargo, no creo que haya que ser tan negativo. A pesar de tener que seguir insistiendo en la enorme conveniencia, por múltiples razones, de una normativa específica laboral y estatal sobre este tema, y a la espera de un deseable acuerdo europeo que marque al menos la orientación básica de nuestra normativa interna, parece igualmente necesario resaltar que, seguramente, y como ya hace cerca de diez años sostuvo el Pf. Rodríguez-Piñero, existen suficientes elementos normativos en nuestro ordenamiento para afirmar la existencia de, al menos, unos ciertos pilares o datos esenciales en el régimen jurídico de este tipo de test dentro de una posible relación laboral en potencia o, si me lo permiten, ya en acto.

La “textura abierta” de muchas de nuestras normas constitucionales, en especial, del art. 14 CE, así como el propio imperativo constitucional de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con las Declaraciones de derechos Internacionales, y en especial, el art. 18 CE, unido a la propia vigencia independiente y supralegal de algunos textos internacionales recientemente ratificados por España como el Convenio de Oviedo, de Medicina y Bioética, unida finalmente a una adecuada reinterpretación constitucional de ciertas normas legales como el art. 22 LPRL, nos ofrecen, como digo, quizás, los suficientes mimbres para elaborar un mínimo estatus jurídico de estas pruebas, vuelvo a repetir, hasta su deseable y específica regulación legal que, por cierto, tampoco parece inminente.

En este sentido, creo, en primer lugar, que todos estaremos de acuerdo en que una mínima interpretación racional de los art. 18 y 14 CE debe conducirnos, de un lado, a reconocer este tipo de pruebas como una de las más perturbadoras y potentes intromisiones en la esfera íntima del ciudadano y del trabajador, al mismo tiempo que tampoco parece dudoso que este tipo de condición encaje sin ningún problema en la cláusula abierta con la

que se cierra el art. 14 CE. Por lo tanto, no parece difícil concluir que este mapa genético debe permanecer cubierto por el derecho a la intimidad del art. 18 CE; que el mismo debe permanecer libre de toda indagación no deseada por parte de terceros; que, además, todo trato peyorativo basado en el patrimonio genético de una persona o, en su simple percepción o creencia por el empleador, ya que en muchas ocasiones éste tan sólo apreciará una mayor probabilidad en el sujeto discriminado de padecer ciertas enfermedades, debiera considerarse como una clara violación de un derecho fundamental, condenada, por tanto, a su radical nulidad con los efectos por todos conocidos. Y que, del mismo modo, toda exclusión o consecuencia negativa derivada de la negativa de un candidato al empleo a someterse a dichos test debiera considerarse un acto ilegal y contrario incluso a sus propios derechos constitucionales. Y es que, de hecho, no otra conclusión creo que cabe extraer tanto de las Recomendaciones Europeas como, sobre todo, de los art. 11 y 12 del Convenio Europeo sobre Biomedicina, plenamente aplicable ya en España.

Ahora bien, una vez señalado esta premisa esencial, no son pocas las dudas e interrogantes que se abren. La primera, por intentar dar algo de orden a este complejo problema, podría centrarse en el objeto mismo de la protección otorgada a través de los art. 14 y 18 CE; esto es a qué haríamos referencia cuando nos referimos a discriminaciones por razones genéticas. Y es que como recordarán incluso en la legislación estadounidense el concepto de información genética no parece especialmente uniforme, en especial, en lo relativo a los antecedentes familiares del empleado. A mi juicio, la respuesta es ciertamente clara: se estaría discriminando cuando, con independencia de la vía de acceso a la misma, la decisión del empleador estuviera basada en la creencia u, obviamente, en la certeza de que el trabajador o candidato posee una probabilidad más alta que otros, por su patrimonio genético, a sufrir determinada enfermedad. Desde esta perspectiva daría igual si dicha convicción se formase mediante ilegales análisis genéticos, o mediante a mi juicio, no menos ilegales preguntas sobre la existencia o no de enfermedades marcadas genéticamente en familiares relativamente cercanos. Estas referencias médicas no sólo forman parte de la intimidad del paciente y, por tanto, del familiar, sino que son un instrumento especialmente odioso al ser un simple prejuicio sin certeza objetiva alguna.

Una vez sentado el ámbito de la protección, el genoma de cada persona y todas las formas directas o indirectas de acercarse o conocerse al mismo la pregunta obligada y, sin duda la más compleja, es determinar la posibilidad o no de que existan excepciones ya sea a la prohibición de conocer este tipo de datos o de utilizarlos en el ámbito laboral. Y para ello quizás sea conveniente distinguir los supuestos en los que este test se plantea directa o indirectamente como requisito último para acceder al empleo, o si se enmarca en las genéricas medidas de vigilancia de la salud de trabajadores ya contratados por la empresa. A mi juicio, y en el primer caso, debemos partir siempre de una premisa fundamental, y es que el consentimiento del candidato a un empleo, aún informado y no guiado, debe ser condición necesaria, pero no suficiente, para la posible realización de este tipo de test. En relación con este tema, coincido totalmente con la posición general de la propia Comisión en la segunda propuesta tantas veces mencionada y que reduce drásticamente la importancia legitimadora de una declaración de voluntad del trabajador o candidato que, en muchas ocasiones puede estar forzada o simplemente condicionada por la necesidad. En este sen-

tido, no debemos olvidar que nuestro ordenamiento laboral parte y ha partido tradicionalmente de una prohibición de renuncia de derechos plenamente aplicable a estos casos y que difiere, lógicamente, de la regla general civil sobre las que en muchas ocasiones se ha construido la posible limitación consensuada de este derecho fundamental.

Por lo tanto, creo que si bien toda intromisión de este ámbito para el candidato debe ser voluntaria, pues siempre podrá renunciar a seguir el procedimiento de selección, dicha voluntad, que además deberá ser informada y no guiada, tras un previo asesoramiento sobre el tipo de test y sus resultados, no debe poder justificar por sí sola la realización de este tipo de preguntas ni, mucho menos, del test. Para que dichas preguntas sean lícitas sería necesaria una justificación objetiva que, además, impidiera considerar la posible exclusión en su caso del trabajador como discriminatoria. Y desde esta perspectiva, y enlazando con el reconocimiento de esta prohibición en el art. 21 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, parece lógico concluir que esta indagación tan sólo será posible cuando tales preguntas o indagaciones estén conectadas de una forma estricta con una exigencia de salud que le impida actualmente realizar los aspectos esenciales del concreto puesto de trabajo para el que opta. De este modo, la simple voluntad del trabajador no debiera permitir considerar como autorizada la indagación personal del empleador sobre aspectos genéticos que, si bien pueden afectar a la salud general de trabajador en un futuro, no afectan a la concreta aptitud actual —y no futura— del candidato para realizar las tareas esenciales de la prestación.

Cuestión más discutible es si en ciertos sectores especialmente conflictivos y en los que sucesos puntuales pudieran poner en peligro la integridad de terceras personas —piénsese, obviamente, en los pilotos o conductores— determinadas predisposiciones genéticas a este tipo de enfermedades pudieran ser valoradas. Les avanzo que mi opinión es nuevamente negativa. Existen mecanismos en tales momentos para controlar tal posibilidad y es en ese momento, de ineptitud real para realizar la prestación, cuando debe valorarse la misma. Además, es obvio que el mero conocimiento científico de la relación entre tal marcador genético y algún tipo de incapacidad no deben abrir, como insisten las instancias internacionales o el propio Parlamento Europeo, la posibilidad para el empleador de reducir este riesgo seleccionando genéticamente trabajadores para los que el mismo no existe, en vez de mejorar el medio ambiente. Esta intromisión y selección debe ser la última de las opciones posibles cuando con el estado actual de la técnica no exista otra medida menos invasora de la intimidad del candidato para garantizar su seguridad e higiene.

Finalmente, todo lo antes dicho está condicionado, obviamente, a una serie de requisitos evidentes. El primero que exista la certeza, no la mera creencia o posibilidad entre la condición genética requerida y, en su caso, obtenida, y el riesgo para su salud. Hace ya cerca de seis años la Guía Técnica y Ética para los servicios de Salud de los Trabajadores de la OIT, aprobada en Ginebra en septiembre de 1997, señalaba expresamente (punto 3.20) como *“en el momento presente, se cree generalmente que los controles genéticos en relación con el trabajo es una infracción desproporcionada de los derechos individuales. El actual (1997) conocimiento científico no garantiza suficientemente su uso con una finalidad de salud preventiva en el trabajo”*. Por ello, repito, no sería bastante ni la mera creencia ni la simple predisposición que pudiera ser evitada mediante una adecuada medicación u otras modificaciones en el ritmo de vida.

El segundo de tales requisitos genéricos es que estos datos genéticos han de ser obtenidos exclusivamente por un médico que es el único que ha de valorar la capacidad o incapacidad del trabajador. Es más, seguramente sería recomendable un cierto control técnico y de otro tipo, por parte de la respectiva Autoridad Competente, estatal o autonómica, sobre el tipo de servicio médico que obtiene tales datos y sobre su capacidad técnica. No debe olvidarse como el Informe Fiori de 2001 destacaba las carencias de muchos de las instituciones que realizaban pruebas genéticas.

Y, en tercer lugar, en virtud del principio de proporcionalidad, este tipo de actuaciones especialmente invasoras de la intimidad del candidato habrían de ser (art. 22 LPRL) el último remedio en este tipo de procedimientos, siendo preferibles cualquier otro tipo de control físico o biológico. Este tipo de datos, además, deberán ser procesados tan sólo con esta finalidad (art. 22 LPRL), otorgando el derecho al candidato a conocer o no conocer sus resultados. Y obviamente el empleador tan sólo deberá conocer su adecuación o no al puesto, no los concretos resultados o limitaciones físicas que deben quedar en la intimidad del empleado, protegido bajo el secreto del médico, protegido de posibles violaciones tanto penal como administrativamente. De hecho, esto es lo que, por ejemplo, parece deducirse del único de los protocolos de vigilancia sanitaria específica informado favorablemente por la Sesión Plenaria del Consejo Interterritorial del Sistema de Salud en el que se plantea la posibilidad de un análisis genético previo y, parece que obligatorio. Se trata del Protocolo de plaguicidas aprobado el 25 de octubre de 1999, que establece que “*si el valor basal de la colinesterasa intraeritrocitaria o plasmática basal fuera baja en el examen de salud inicial*”, luego la prueba no es inicial ni inmediata, se trata de la última y única posibilidad, ligada, además, a una situación de grave riesgo para el candidato y el resto de trabajadores como es el envenenamiento por organofosforados.

Finalmente, y ya para concluir con la referencia a este tipo de test en la fase de selección, me gustaría señalar como en estos casos, más que nunca, parece necesario reconocer el derecho a mentir, en la medida en la que, actualmente, buena parte de esta información se obtiene a través de “simples” preguntas sobre los antecedentes familiares del candidato. En estos casos, frente a preguntas ilegales, no existe el deber derivado de la buena fe de contestar correctamente, ni puede hablarse de dolo o error en la medida en la que es la propia normativa internacional e interna la que prohíbe considerar tales rasgos como esenciales, únicos en los que el error o el dolo podrían tener efectos anulatorios sobre el contrato. Y es obvio que, por idénticas razones, tampoco podría hablarse de ineptitud originaria o sobrevenida.

Pues bien, si este es el panorama en el caso del candidato, la cuestión varía algo en el caso del trabajador. En este caso, nuevamente, parece necesario pero no suficiente la voluntad del trabajador. La realización de este tipo de pruebas debe ser la última ratio, tan sólo cuando exista una certeza científica y sea realizada por un equipo médico competente que custodie adecuadamente tales datos a los que habrá de tener acceso, siempre que lo desee, el trabajador. Ahora bien, en este caso, parece inevitable distinguir entre dos tipos de controles genéticos ciertamente diferenciados. El primero, vulgarmente conocido como genetic monitoring, tiene como finalidad comprobar si la exposición a los agentes ha producido entre los trabajadores como colectivo algún tipo de mutación o problema genético.

De esta forma se conectaría con la obligación establecida hoy en el art. 25.2 LPRL, como instrumento para limitar esta exposición o mejorar la salud de sus empleados. El segundo, normalmente conocido como genetic screening tendría como finalidad detectar o no una cierta “anomalía genética” conectada de alguna forma con una mayor probabilidad o incluso certeza de desarrollar una actividad. Pues bien, parece evidente que el primero podría ser admisible si no existe otro tipo de medio, que normalmente existe, mediante la simple exposición a los mismos elementos de mamíferos, de controlar esta posibilidad, se guarda la confidencialidad absoluta de los resultados, no se individualicen ni se identifican de ninguna manera los resultados individuales y se busca, en la medida de lo posible, la mínima afectación de los sujetos controlados, tratando, en primer lugar, de limitar la muestra a aquellos trabajadores que así lo deseen. Obviamente, lo que sí tendrán derecho estos trabajadores es a conocer o no los resultados individualizados.

En cambio, en el segundo tipo de control vuelven a surgir las mismas dudas y, a nuestro juicio, necesidades antes comentadas de conexión con una necesidad actual, con un riesgo para la propia persona o para terceros, actual y real, de la posible peculiaridad genética sobre la que se realiza la búsqueda. Tan sólo en estos casos y con los requisitos antes señalados sería aceptable, como última ratio, en función de una decisión clínica y ante la imposibilidad de evitar por otra vía el mencionado riesgo, la realización de este tipo de pruebas. Es más, en este estado de la relación, con el contrato ya en marcha, no creo que quepa objetar nada a la libre decisión del trabajador de comunicar voluntariamente y sin ninguna presión cierta peculiaridad genética para un más adecuado tratamiento de la misma. Esta información, permitida como ya hemos visto en algunos Estados norteamericanos, debe ser, obviamente, confidencial, entregada al personal médico correspondiente del servicio de prevención y no debe darse noticia alguna al empleador que no sea necesaria para la actuación preventiva de éste. En cambio cualquier otro tipo de indagación que no esté conectada con esta necesidad actual podrá ser rechazada por el empleado, y no deberá ser tenida en cuenta por el empresario, quedando vedada cualquier posible discriminación derivada bien de la negativa del trabajador a realizar dichas pruebas o a suministrar tal información, o del simple conocimiento informal o a través de terceros de posibles peculiaridades genéticas de algunos de sus empleados.

En definitiva, y como se ve una cuestión especialmente compleja y necesitada, seguramente, de alguna indicación como la que a principios de los noventa se realizó para los portadores de HIV. El que con los mimbres internacionales, las normas constitucionales y una adecuada interpretación del art. 22 LPRL y 37 RDSP se logre entrever un mínimo régimen jurídico de este tipo de posibles controles no evitan ni merman la necesidad de una regulación que aclare este régimen y que, sobre todo, sancione las posibles intromisiones y discriminaciones por parte del empleador.

Finalmente, y para concluir, no quisiera terminar este estudio sin intentar demostrar de nuevo, que el problema existe. Y es que, aunque pudiera parecerles “galáctico”, también en España es posible encontrar situaciones de dudosa legalidad con el régimen que antes hemos intentado diseñar. Y porque seguramente España es diferente, estas situaciones no hay que ir a buscarlas en la calle, donde quizás ustedes podrían encontrarlas igualmente. Es posible encontrarlas incluso en el BOE, y como no, en relación con ese colectivo que tan

complicada relación guarda y ha guardado con la intimidad, como es el Ejército y la Administración Militar.

Llamo pues la atención sobre el contenido de dos normas relativamente recientes: las Ordenes del Ministerio de Defensa 73/2002, de 19 de abril (BOMF de 29 de abril), por el que se aprueban las normas que han de regir los procesos selectivos de acceso para promoción interna a las enseñanzas de formación para la incorporación a las escalas Superiores de Oficiales y la Orden/DEF 603/2002, de 7 de marzo, (BOE de 20 de marzo de 2002) por el que se aprueban las normas que han de regir los procesos selectivos de acceso por promoción interna a las enseñanzas de formación para la incorporación a la Escala de Oficiales.

Lo que me interesa de ambas normas es que en aplicación de la Ley 17/1999 y del RD. 1735/2000 se introduce en el cuadro médico de incapacidades las “*Anomalías genéticas, congénitas o adquiridas que en opinión del tribunal médico puedan entorpecer en el momento del examen o, previsiblemente en el futuro, la eficacia en la ejecución de las misiones encomendadas o —y esto es lo importante— alterar la salud del examinado*”. Evidentemente, hemos mejorado bastante desde la Orden 128/1982, de 14 de septiembre, no derogada formalmente, en la que se excluía por “enfermedades y malformaciones genéticas y congénitas” por simples problemas de belleza. Pues bien, es evidente que en relación con ambas normas bien es posible salvar, sin mayores problemas, y siempre de acuerdo con lo antes visto, los posibles “problemas” genéticos que entorpezcan en el momento del examen la eficacia en la ejecución de las misiones encomendadas. De hecho, incluso la EEOC ha destacado las posibles peculiaridades en este punto de sectores como el ejército, bomberos o protección civil. En cambio, bastantes más dudas surgen sobre las posibles anomalías que pudieran limitar esta capacidad en el futuro y, sobre todo, de las peculiaridades genéticas que pudieran en un futuro alterar la salud del examinado. ¿Podría un Tribunal eliminar a una mujer del concurso porque su madre, abuela y tía abuela por parte materna sufrieron de un cáncer de mama?. Supongo que ésta no será la interpretación que asumirán estos Tribunales. Pero la misma norma, por permitir la contraria, plantea serias dudas de inconstitucionalidad. Este tipo de riesgos de desarrollar en el futuro una enfermedad debe formar parte de la intimidad de cada persona, socializando el riesgo e imputándose al empresario. Y todo ello, claro está, por no hablar de los posibles problemas de este tipo de pruebas y las mejoras voluntarias de Seguridad Social, que necesitarían ser abordadas en otro estudio.

RESUMEN: Toda exclusión o consecuencia negativa derivada de la oposición de un trabajador o candidato al empleo a someterse a un Test genético debiera considerarse un acto ilegal y contrario incluso a sus propios derechos constitucionales.

ABSTRACT: All exclusion or derived negative consequence of the opposition of a worker or candidate to the employment to undergo this genetic test should be considered an illegal act and contrary to their constitutional rights.

