

DERECHO A LA INTIMIDAD, PRUEBAS BIOMÉDICAS Y RELACIONES LABORALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

José M.^a Contreras Mazarío

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.*—2. *Elementos judiciales básicos:* 2.1 Hechos. 2.2 El Tribunal de Primera Instancia: fundamentos y fallo. 2.3 El Abogado General: conclusiones. 2.4 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: fundamentos y fallo.—3. *Cuestiones materiales:* 3.1 El derecho al respeto de la vida privada: concepto y alcance. 3.2 Vida privada y familiar y relación de trabajo: 3.2.1 Licitud de las pruebas biomédicas y relación laboral: 3.2.1.1 Licitud en la realización de pruebas biomédicas; 3.2.1.2 Consentimiento con conocimiento de causa y confidencialidad de los datos personales; 3.2.2 Límites.—4. *Consideraciones finales.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El avance de la medicina, la biología y la tecnología, en definitiva los avances científicos, permiten disponer de elementos, datos y conocimientos sobre el hombre, el origen del hombre y de la vida diaria y cotidiana-

na de los hombres hasta ahora insospechados. Ello hace necesario que el Derecho intervenga¹ sobre las mismas como una realidad social nueva a la que debe ordenar², sobre todo a fin de que dicha realidad sea coherente con los principios de democracia, igualdad, justicia, pluralismo, solidaridad y tolerancia presentes en los Estados de Derecho. No se trata, por tanto, de que el Derecho limite la investigación. No puede el Derecho, a nuestro entender, convertirse —como en etapas y épocas pasadas y superadas— en brazo de las ideologías, de la moral o de la ética privadas, perseguidor de los avances científicos, ni tampoco caer en la tentación de dirigismo o instrumento de intervención restrictiva respecto a la libertad de investigación.

Pero tampoco dicha realidad puede quedar al margen del mundo jurídico, ya que la misma no resulta per se inmaculada, sino que cada vez con más frecuencia entra y seguirá entrando en colisión o en conflicto con alguno o algunos de los principios antes mencionados, y de manera muy directa con los derechos humanos, e incluso con conceptos tales como «persona» o «ser humano», «intimidad», «discriminación», «dignidad», etc. De ahí que —como afirma Pardo— *«el reto —por una parte sugestivo pero al mismo tiempo inaplazable— del mundo jurídico es seguir de cerca y aprehender ese conocimiento genómico así como sus aplicaciones e integrarlos normativamente en la sociedad, sin dilación alguna»*³. En definitiva, debe constituirse en un instrumento esencialmente preventivo con el que hacer frente a posibles riesgos y peligros que la utilización del conocimiento aportado por la investigación biomédica conlleva⁴.

¹ Una posición no tan favorable es la manifestada por DAVID GELERNTER, para quien *«[l]as leyes son malas armas para la lucha por proteger la intimidad. Una vez que invocamos la ley, el mal ya ha sido hecho por lo general y la sociedad ha perdido (...)»*. Para él, *«[e]l mejor método para proteger la intimidad (...) es el mismo que siempre hemos utilizado: enseñar a nuestros hijos a discernir entre el bien y el mal (...)»*. Nos encanta hablar de leyes, pero odiamos hablar de moralidad (...). Y concluye añadiendo al debate una cuestión que entendemos clave, a saber: *«Estamos obsesionados con la intimidad porque temporalmente hemos olvidado una palabra aún más importante: dignidad»* (cit. en *El País*, 2 de agosto de 2000, p. 41).

² En esta línea, Javier Blázquez Ruiz atribuye al Derecho la función *«de ponderar y regular rigurosamente los posibles riesgos, para que en todo momento el progreso científico y sus fecundos logros constituyan —no tanto un riesgo o peligro cuanto— un beneficio directo y progresivo para la humanidad»* (cit. en *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 15).

³ PARDO, «La investigación genética al servicio del hombre: reflexiones de un jurista», en la revista *Derecho y Genoma humano*, 1994/1, p. 26.

⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, C., «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, 1994, pp. 181 y ss.



2. El asunto que sirve de banco de pruebas, esto es la STJCE de 5 de octubre de 1994, es, a pesar del tiempo transcurrido, justamente uno de esos supuestos en el que la intervención del Derecho, y en concreto la intervención judicial, se ha producido a fin de garantizar y proteger la tutela efectiva de un derecho fundamental⁵, la vida privada, en su conexión con el acceso a un puesto de trabajo y la participación trascendental de las pruebas biomédicas realizadas en la atribución o no de dicho puesto.

En definitiva, de lo que se trata de proteger en el presente caso es el derecho a mantener en secreto (en el ámbito de la privacidad y de la intimidad) la vida privada (y familiar, así como datos esenciales y personales: ideología, creencias, convicciones, religión, etc.) en un ámbito, el de las relaciones laborales, e incluso en aquellas circunstancias o respecto de aquellos supuestos en que estén previstos legalmente la intervención médica como un elemento necesario y obligatorio en la atribución del puesto de trabajo.

3. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, Tribunal de Justicia) ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera muy precisa sobre la vulneración del derecho a mantener en secreto el estado de salud, con ocasión del llamado caso «X contra Comisión» (asunto C-404/92 P) y que dio lugar a la sentencia de 5 de octubre de 1994⁶; objeto central del presente comentario. No obstante, dicho asunto fue igualmente abordado con carácter previo por el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 18 de septiembre de 1992⁷, al tratarse de un asunto de funcionarios de la Comunidad, de conformidad con lo que se establece en el art. 14 de la Decisión 85/591/CECA, CEE y EURATOM⁸.

Partiendo de todos estos elementos, el método que seguiremos será básicamente descriptivo en su primera parte, tanto por lo que afecta a los

⁵ En este sentido, ROMERO CASABONA señala que «la instrumentación jurídica ha de ser prudente y sobria, resolviendo únicamente aquellos problemas inaplazables necesitados de regulación jurídica y sobre los que exista un mínimo acuerdo; elástica y abierta a valores diferentes y a nuevas materias, de modo que no se ha de recurrir únicamente a la reglamentación jurídica legislativa, sino también a la actuación judicial, reconociendo su función ya señalada de aplicar los instrumentos normativos ya existentes a las situaciones conflictivas que se le presentan, descubriendo en aquéllos nuevas posibilidades interpretativas y regulativas» (cit. en *Derecho Biomédico y Bioética*, 1998, p. 164).

⁶ *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia*, 1994, vol. 10, p. I-4780-4794.

⁷ *Ibidem*, 1992, vol. 8, asuntos acumulados T-121/89 y T-13/90, p. II-2195-2222.

⁸ Decisión 85/591/CECA, CEE, EURATOM del Consejo, de 24 de octubre de 1988 (*DOCE L* 319, 1988, p. 3).

hechos como por lo que respecta a los fundamentos jurídicos utilizados por uno y otro de los mencionados tribunales en el asunto concreto de «X contra Comisión», de tal manera que queden claros al lector los acontecimientos de partida (apartado 1), las soluciones —en este caso contradictorias— adoptadas por cada tribunal mencionado y sus motivaciones (apartados 2 y 4). Con posterioridad se realizará un comentario crítico sobre alguna de las cuestiones reseñadas, centrandó la segunda parte del presente comentario en el estudio básicamente del alcance y consecuencias del derecho a la vida privada en su conexión con el consentimiento libre y el conocimiento previo por parte del autor, y todo ello —en este caso, aunque su realidad pueda extenderse a otros ámbitos— en el campo concreto de las relaciones de trabajo.

2. ELEMENTOS JUDICIALES BÁSICOS

2.1 Hechos

En el presente asunto, los hechos que son considerados como probados a efectos jurídico-procesales están expuestos de manera clara y precisa en las Conclusiones del Abogado General, por lo que en relación a los mismos se va a seguir básicamente lo allí señalado⁹. Al Sr. X, con vistas a su posible contratación por la Comisión en calidad de agente temporal (6 meses) con funciones de mecanógrafo¹⁰, se le pide por la División «Carreras» de la Dirección General de Personal y de Administración que se someta a un examen médico¹¹, el cual se realiza por un médico asesor de la Comisión, consistente en la realización de un examen clínico completado por pruebas biológicas¹², a lo que el Sr. X manifiesta su consentimiento. En cambio, el Sr. X manifiesta su negativa a someterse a un examen de detec-

⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Walter van Gerven, presentadas el 27 de abril de 1994 (*Recopilación de la Jurisprudencia...*, 1994, vol. 10, *op. cit.*, apartado 2, puntos 1 a 15, pp. I-4739-4742).

¹⁰ El demandante con anterioridad ya había estado al servicio de la Comisión de las Comunidades Europeas, en calidad de *free-lance*, desde el 29 de agosto de 1985 hasta el 30 de marzo de 1986 y desde el 1 de mayo de 1986 hasta el 31 de agosto de 1987, y en calidad de agente auxiliar desde el 1 de septiembre de 1987 hasta el 31 de enero de 1988. Fue admitido a participar en un concurso oposición para mecanógrafos (COM/C/655), no superó las pruebas escritas (*ibidem*, apartado 2.1, p. I-4739).

¹¹ Dicha petición se realiza mediante carta de 14 de febrero de 1989 (*ibidem*, apartado 2.2, p. I-4739).

¹² Tal y como se dispone en la letra *d*) del apartado 2 del artículo 12 y en el artículo 13 del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas (en adelante, RAA).



ción de anticuerpos VIH (SIDA) propuesto por el Servicio Médico¹³. El examen se efectuó el 15 de marzo de 1989¹⁴.

El médico asesor, mediante carta de 22 de marzo de 1989, informa al Sr. X de que no le es posible emitir un dictamen favorable con vistas a su contratación, al tiempo que le ruega que le comunique el nombre de su médico de cabecera para informarle de la naturaleza de las anomalías halladas¹⁵, lo que hace en llamada telefónica realizada el 5 de abril de 1989 y, con posterioridad y a petición del médico de cabecera, envía a éste, mediante carta de 12 de abril de 1989, una copia de los análisis de laboratorio efectuados¹⁶.

El médico de cabecera comunicó, mediante carta de 26 de abril de 1989, al Presidente de la Comisión que el médico asesor, en su informe, había emitido un diagnóstico erróneo, al tiempo que denuncia el hecho de que el demandante hubiese sido sometido, sin su consentimiento, a una prueba indirecta de detección del SIDA¹⁷. El Director General de Personal y de Administración en su respuesta al médico de cabecera, de 26 de julio de 1989, señala que «la práctica de la serología VIH había dejado de tener carácter sistemático y obligatorio en las Instituciones comunitarias hacia más de un año» y que tampoco había sido el demandante sometido a un examen camuflado de detección del SIDA, sino a un examen biológico, denominado «lintofocitario T4/T8», destinado a evaluar el sistema inmuni-

¹³ Conclusiones, apartado 2.3, y STJCE de 5 de octubre de 1994, apartados 2 y 3. En este punto el Abogado General pone de manifiesto como «los hechos del caso de autos difieren esencialmente de los que sirvieron de base a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de abril de 1994, A/Comisión (T-10/93, Rec. p. II-179). En efecto, el demandante en el asunto T-10/93 había revelado al médico asesor de la Comisión, con ocasión del examen médico que se le practicó con vistas a su contratación, que era seropositivo y que estaba dispuesto a someterse a un test VIH (sentencia de 14 de abril de 1994, apartado 3)» (ibídem, nota 2, p. I-4740).

¹⁴ «La anamnesis establecida sobre la base de un cuestionario rellenado y firmado por el demandante reveló que este último sufría de un acné crónico y que en 1988 había padecido un herpes zona. El examen clínico permitió revelar la existencia de cicatrices de herpes zona en el hemitórax izquierdo, signos que podían indicar presencia de una candidiasis bucofaringea (lengua eritematosa y blancuzca, saliva blancuzca y espesa) y una poliadenopatía inguinal bilateral. Habida cuenta del resultado de la anamnesis y del examen clínico, el médico asesor ordenó la realización de pruebas hematológicas con objeto de determinar, entre otras cosas, las poblaciones linfocitarias T4 y T8. El resultado de esta última prueba puso de relieve que el demandante presentaba los valores siguientes: T4 = 299/mm³ (valor normal 675-1.575/mm³), T8 = 41/mm³ (valor normal 12-44/mm³), relación T4/T8 = 0,39 (valor normal 1-3)» (ibídem, apartado 2.47, p. I-4740).

¹⁵ STJCE de 5 de octubre de 1994, apartado 4.

¹⁶ *Ibidem*, apartado 6.

¹⁷ *Ibidem*, apartado 8, y Conclusiones, apartado 8.

tario del paciente y en modo alguno a la detección específica de una afección vírica o bacteriana¹⁸.

Con base en los datos obtenidos en la citada prueba es lo que lleva al médico asesor a emitir un dictamen negativo en el que se llega a la conclusión de que carece de «la aptitud física necesaria para el ejercicio de las funciones de mecanógrafo», el Jefe de la División «Carreras» comunica al Sr. X, mediante carta de 28 de marzo de 1989, que su contratación no es posible¹⁹. Frente a esta resolución, el Sr. X solicita el 9 de abril de 1989, y de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas (en adelante, Estatuto), que su caso fuese sometido al dictamen de la Comisión Médica prevista en el párrafo segundo del mencionado artículo, aplicable a los agentes temporales en virtud del artículo 13 del RAA²⁰, en cumplimiento de lo cual se le solicita, por parte del Jefe del Servicio Médico de la Comisión –por escrito de 27 de abril de 1989–, que envíe todos los informes o documentos médicos pertinentes dado que la solicitada Comisión médica tiene previsto reunirse el 26 de mayo próximo²¹. Frente a dicha solicitud, el demandante, mediante carta de 19 de mayo de 1989, contesta señalando que no dispone de ningún documento médico «porque nunca había estado gravemente enfermo»²².

Tras todo lo cual, el Director General de Personal y de Administración comunica, mediante carta de 6 de junio de 1989, al Sr. X que la Comisión médica había confirmado el dictamen emitido en su día por el médico asesor de la Comisión y, en consecuencia, se considera que no reúne las condiciones de aptitud física exigidas para ser contratado por sus servicios²³.

Frente a dicha decisión, el demandante, mediante carta de 3 de julio de 1989, presenta, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Estatuto, una reclamación contra la decisión del Director General de Personal y de Administración de 6 de junio de 1989, así como contra el dictamen del médico asesor de 22 de marzo de 1989 y la decisión de 28 de marzo de 1989, en la que solicita la anulación de los actos citados y la reparación del perjuicio moral sufrido²⁴; presentado, el 4 de septiembre

¹⁸ *Ibidem*, apartado 13, y Conclusiones, apartado 13.

¹⁹ *Ibidem*, apartado 5, y Conclusiones, apartado 5.

²⁰ *Ibidem*, apartado 7, y Conclusiones, apartado 7.

²¹ *Ibidem*, apartado 9, y Conclusiones, apartado 9.

²² *Ibidem*, apartado 10, y Conclusiones, apartado 10.

²³ *Ibidem*, apartado 11, y Conclusiones, apartado 11.

²⁴ Conclusiones, apartado 12.

de 1989, una reclamación «complementaria» en la que solicita le sea pagada en concepto de daños y perjuicios una suma global de 10.000.000 de BFR más intereses²⁵. Sin embargo, ambas reclamaciones fueron desestimadas mediante decisión de la Comisión, de 27 de noviembre de 1989, notificada mediante nota al Director General de Personal y de Administración, de 28 de noviembre de 1989²⁶.

Hasta aquí los hechos que dan lugar a la presente cuestión litigiosa. Dada la respuesta negativa de la Comisión, el Sr. X presentó, el 4 de julio de 1989, recurso ante el Tribunal de Justicia, el cual mediante Auto de 15 de noviembre de 1989, se declaró incompetente en aplicación del art. 14 de la Decisión 85/591/CECA, CEE y EURATOM, y remitió de oficio el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

2.2 El Tribunal de Primera Instancia: fundamentos y fallo

El Tribunal de Primera Instancia (Sala 3.^a) entendió de este asunto, al que atribuyó el número T-121/89, y de un segundo recurso, con el número T-13/90, en su sentencia ya mencionada de 18 de septiembre de 1992. En ella, el citado Tribunal adopta los siguientes fundamentos jurídicos para emitir un fallo desestimatorio de las pretensiones del demandante en relación —por lo que a la presente temática interesa— con la violación del derecho a la vida privada garantizado en el art. 8 del CEDH (motivo tercero).

A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia considera que

«[...] una extracción de sangre que tiene por objeto determinar la posible presencia de anticuerpos VIH atenta contra la integridad física del interesado y que ningún candidato puede ser sometido a la misma sin su consentimiento expreso. Sin embargo, la cuestión de cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrearía la negativa de un candidato a someterse a una prueba de detección de anticuerpos VIH que el médico asesor de una institución considerase necesaria, a la vista de la sintomatología clínica del interesado, con objeto de efectuar una apreciación médica sobre su aptitud física, constituye una cuestión diferente cuyo examen no corresponde al ámbito del presente litigio. En efecto, en el caso de autos, el demandante no ha demostrado que fue sometido, sin saberlo, a una prueba específica de detección del SIDA, ni que la Comisión le propusiese efectuar tal prueba como condición previa a su contratación. El demandante tampoco ha demostrado que fue sometido a

²⁵ Conclusiones, apartado 14.

²⁶ Conclusiones, apartado 15.

una prueba indirecta de detección de anticuerpos VIH, puesto que las partes están de acuerdo en que la prueba hematológica de que se trata, a saber, el recuento de los linfocitos T4 y T8, no es apropiada para determinar la existencia de una posible seropositividad. Por último, es necesario añadir que en el caso concreto, habida cuenta de las anomalías puestas de relieve con ocasión de la anamnesis y del examen clínico, el médico asesor podía legítimamente solicitar que se practicase dicha prueba»²⁷.

Ello le lleva a concluir que «(e)n tales circunstancias, no puede hablarse en el presente caso de infracción del artículo 8 del CEDH ni de las Conclusiones del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados Miembros, con independencia del valor jurídico de estas últimas»²⁸.

2.3 El Abogado General: conclusiones

Una segunda posición que debe igualmente ser destacada es la puesta de manifiesto por el Abogado General en sus conclusiones de 27 de abril de 1994, el cual entiende que se produce una violación del derecho a la vida privada en la actuación del médico asesor y, por ende, de la Comisión. Dicha cuestión es planteada por el demandante como primer motivo de su recurso de casación, al que el Abogado General dedica gran parte de sus argumentos, en concreto los apartados 11 a 29²⁹, y por tanto merece la pena detenernos de manera más pormenorizada antes de entrar en el examen de la sentencia del Tribunal de Justicia.

El Abogado General aborda el presente motivo dividiéndolo en cuatro partes, a saber: a) contenido del art. 8 del CEDH; b) licitud de las pruebas de detección del SIDA en el procedimiento de selección; c) demostración de una prueba de detección del SIDA, y d) licitud de la prueba T4/T8.

2.3.1 En cuanto a la primera parte, señalar que el Abogado General se limita a transcribir de manera literal el art. 8 del CEDH como elemento previo a fin de establecer el presunto derecho violado. Precepto que dispone lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

²⁷ *Ibidem*, fto. jco. 58.

²⁸ *Ibidem*, fto. jco. 59.

²⁹ *Ibidem*, pp. 1-4750-4765.

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»*

Partiendo de dicho contenido, así como de la cuestión planteada, la licitud de ciertas pruebas practicadas con ocasión de un examen médico previo a la contratación, considera que la misma afecta única y exclusivamente al primero de los derechos protegidos, y que por tanto es éste el que procede tomar en consideración³⁰. En este contexto, y al tratarse de una autoridad pública, considera igualmente que en caso de que se demuestre la injerencia deberá tenerse presente lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo, por si acaso la injerencia estuviera justificada por alguno de los motivos recogidos en dicho apartado.

Dentro de esta primera parte, el Abogado General afronta una segunda cuestión como es la relativa a la eficacia del art. 8 del CEDH dentro del ámbito de ordenamiento comunitario, precisando al respecto que *«el CEDH no forma parte del Derecho comunitario directamente, sino de modo muy indirecto, dado que la protección de los derechos y de las libertades fundamentales que dicho Convenio persigue puede también obtenerse aplicando los principios generales del Derecho comunitario»*³¹. En su sentencia *Comisión/Alemania*³², el Tribunal de Justicia declaró expresamente a este respecto que *el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección del secreto profesional son derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario»*³³.

2.3.2 Por lo que respecta a la segunda parte, licitud de las pruebas de detección del SIDA en el procedimiento de selección, ésta es afrontada desde un doble contenido, a saber: i) si un candidato puede ser sometido a pruebas de detección del SIDA cuando él mismo ha expresado su consenti-

³⁰ Conclusiones, apartado 12, p. I-4750, párrafo 2.

³¹ Véase, en particular, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec., p. 1651), apartado 19, y el punto 30 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Walter van Gerven, en relación con la sentencia de 4 de octubre de 1991, Grogan (C-159/90, Rec., pp. I-4685 y ss., especialmente pp. I-4703 y ss.).

³² Sentencia de 8 de abril de 1992, asunto C-62/90, caso Comisión/Alemania (*Recopilación...*, 1992, apartado 23, p. I-2575).

³³ Conclusiones, apartado 12, pp. I-4750-51, párrafo 3.

miento con conocimiento de causa³⁴, el primero, y ii) las consecuencias que pueden extraerse del hecho de que el médico de cabecera no encargara la realización de los exámenes complementarios propuestos por el médico asesor³⁵, el segundo.

A pesar de su importancia en relación a la cuestión material planteada, sobre todo por lo que respecta al primero de los contenidos (del que nos ocuparemos por nuestra parte en las cuestiones materiales), el Abogado General considera que ninguna de las dos alegaciones del recurrente tienen relación directa con el fallo pronunciado por el Tribunal de Primera Instancia³⁶, por lo que se limita a desestimarlas.

2.3.3 En cuanto a la tercera parte del presente motivo, y más en concreto a la impugnación de la afirmación realizada por el Tribunal de Primera Instancia en el sentido de que «no había demostrado que fue[ra] sometido

³⁴ Este motivo tiene su justificación en el apartado 58 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en el que declara que «una extracción de sangre que tiene por objeto determinar la posible presencia de anticuerpos VIH atenta contra la integridad física del interesado y ningún candidato puede ser sometido a la misma sin su consentimiento expreso».

³⁵ Esta alegación se fundamenta en el apartado 51 de la sentencia impugnada (vid. supra), y más en concreto cuando se declara que «resulta obligado poner de manifiesto que, de una parte, el médico de cabecera no pidió que se llevasen a cabo los exámenes complementarios propuestos por el médico asesor para determinar el origen de la deficiencia inmunitaria del demandante y, por otra, que éste no presentó ante la comisión médica el dictamen de ningún médico, ni el de cabecera ni un tercero. En tales circunstancias, este Tribunal de Primera Instancia considera que el demandante, cuyo médico de cabecera se abstuvo de colaborar con la comisión médica, no puede impugnar la motivación de la denegación de su contratación presentando ante el Tribunal, por primera vez, dictámenes médicos que no fueron sometidos a la apreciación de dicha comisión a su debido tiempo».

³⁶ En relación al primero de los contenidos, el Abogado General señala que «compart[e] la opinión de la Comisión de que no cabe acoger la alegación del recurrente por referirse a una declaración recogida en la sentencia impugnada que no sirve en absoluto de fundamento al fallo de dicha sentencia. En efecto, la sentencia impugnada no contiene ningún antecedente de hecho en el que se indique que el recurrente hubiera sido sometido a una prueba VIH con su consentimiento expreso (los hechos probados muestran indiscutiblemente que no fue ése el caso) y, a fortiori, la sentencia no afirma en ninguna parte que dicha prueba haya sido lícitamente practicada» (Conclusiones, apartado 15, p. I-4753, párrafo 3).

Mientras que respecto del segundo, y en concreto en relación al apartado 51, para el Abogado General «todo lo que el pasaje citado indica es que, por la razón que fuera, el médico de cabecera no consideró oportuno presentar ante la comisión médica un dictamen elaborado por él mismo o por algún otro médico, y que el Tribunal de Primera Instancia deduce de ello que existió una falta de colaboración por su parte. El Tribunal entendió que la consecuencia de dicha actitud era que el recurrente no podía presentar dictámenes médicos complementarios por primera vez ante el Tribunal (este es el punto que se discute en el tercer motivo, que examinaré a continuación en los puntos 32 y ss.). Considerada en el marco de este razonamiento, la interpretación del pasaje citado por el recurrente no puede influir en absoluto en la decisión final a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 51» (Conclusiones, apartado 16, p. I-4754, párrafo 3).

do, sin saberlo, a una prueba específica de detección del SIDA» (apartado 58), el Abogado General afronta dicha cuestión no tanto desde la perspectiva de que el recurrente hubiese o no demostrado la realización de las pruebas de detección del SIDA o en su caso sometido a pruebas camufladas de VIH (análisis de los linfocitos T4/T8), cuanto desde el punto de vista de si el Tribunal de Primera Instancia tuvo o no en cuenta las pruebas practicadas a tal efecto, y en concreto el informe elaborado, el 5 de junio de 1989, con ocasión de una reunión de facultativos del Servicio Médico de la Comisión, llegando a la conclusión de que el citado Tribunal sí tuvo presente el citado informe, así como las alegaciones presentadas por el recurrente, y que a pesar de todo las desestimó por infundadas, razón por la que él también desestima esta parte del motivo³⁷.

2.3.4 La cuarta parte de este motivo –y sin lugar a dudas el nudo gordiano de la cuestión afrontada–, referida a la licitud de la prueba T4/T8, está dirigida contra el apartado 58 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en el que se afirma que *«en [este] caso concreto, habida cuenta de las anomalías puestas de relieve con ocasión de la anamnesis y del examen clínico, el médico asesor podía legítimamente solicitar que se practicara [una prueba T4/T8]»*.

Para el Abogado General la cuestión que se plantea consiste únicamente en saber si, cuando con ocasión de un examen médico aparecen ciertos indicios que podrían hacer pensar en la existencia de una deficiencia inmunitaria, la Comisión puede someter a un candidato a funcionario o a agente a una prueba T4/T8 (y, basándose principalmente en los resultados negativos de la misma, negarse a contratarlo), sin que el candidato haya sido previamente informado de ello o se le haya pedido que dé su consentimiento y a pesar de saber que dicho candidato se ha negado expresamente a que se le someta a una prueba VIH.

Para responder a la cuestión reseñada, el Abogado General examina, en primer lugar, si se ha producido una intromisión en la vida privada del recurrente, y por tanto una violación del artículo 8 del CEDH, y, de resultar positiva, si una injerencia de este tipo resulta justificada o no de conformidad con los motivos previstos en el apartado 2 del mencionado precepto.

2.3.4.a) Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, se precisa que *«el hecho de someterlo a unas pruebas del tipo de las que se le han*

³⁷ Conclusiones, apartado 20, p. I-4757.

aplicado (a saber, la prueba T4/T8) o que se le han propuesto (a saber, la prueba VIH), así como el hecho de atribuir ciertas consecuencias a los resultados de dichas pruebas o a su negativa a someterse a ellas, atentan contra dos aspectos de su vida privada, a saber: su integridad física y su derecho a decidir por sí mismo a quién informa sobre su estado de salud»³⁸.

Ahora bien, en contra de esta interpretación, o mejor, matizando el alcance del mencionado contenido, se ha argumentado que *«el recurrente no puede invocar este derecho fundamental: al decidir conscientemente participar en un procedimiento de selección que incluye un examen médico previo a la contratación, éste último ha dado su conformidad a una injerencia en su vida privada»³⁹. No obstante, se precisa de manera muy acertada por parte del Abogado General que «(...) este argumento (...) debe analizarse partiendo del principio de derecho médico según el cual se requiere el consentimiento dado con conocimiento de causa del interesado⁴⁰ para todo acto médico (tratamiento, examen, prueba o experimento)»⁴¹.*

En consecuencia, la aplicación del requisito del consentimiento dado con conocimiento resulta para el Abogado General, en las circunstancias concretas del presente asunto, incompatible con el hecho de que al recurrente se le sometiera a una prueba T4/T8 del modo en que se realizó, así como en relación a las consecuencias que se derivaron de su realización⁴². Y ello con independencia de si la citada prueba constituye o no una prueba camuflada de detección del SIDA. En concreto, para él *«el requisito del consentimiento con conocimiento de causa exige (...) que, en unas circunstancias como éstas, se advierta al recurrente (en persona o a través de su médico de cabecera) del proyecto de someterle a una prueba T4/T8 y se le informe del alcance de dicha prueba y de las consecuencias que la aplicación de ésta o su negativa a someterse a ella pueden tener»⁴³.*

2.3.4.b) Ahora bien, para el Abogado General la existencia de una injerencia en la vida privada de una persona no es suficiente para afirmar que se ha producido una violación del derecho garantizado en el artículo 8

³⁸ Conclusiones, apartado 23, párrafo 1, p. I-4759.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 2.

⁴⁰ Para el Abogado General, *«el requisito del consentimiento con conocimiento de causa consta de dos elementos estrechamente relacionados: es preciso suministrar información suficiente para que el consentimiento del interesado pueda ser completo, es decir, para que pueda dar dicho consentimiento con conocimiento de causa»* (*ibidem*, apartado 24, párrafo 1, p. I-4760).

⁴¹ *Ibidem*, apartado 23, párrafo 3, p. I-4760.

⁴² *Ibidem*, apartado 24, párrafo 2, p. I-4761.

⁴³ *Ibidem*, apartado 24, párrafo 3, p. I-4761.

del CEDH, sino que además es necesario que dicha injerencia vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzar el objetivo que se persigue. A tal fin, el Abogado General examina la aplicación al caso concreto planteado de cada uno de los motivos establecidos en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH en los apartados 26 a 28, y en concreto establece tres requisitos, a saber: que esté «prevista por la Ley», que persiga uno o varios de los objetivos recogidos en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH y que sea «necesaria» en una «sociedad democrática» para alcanzar el objetivo o los objetivos.

Respecto al primero de los requisitos, lo establecido en la letra *d*) del apartado 2 del artículo 12 del RAA y en la letra *e*) del artículo 28 del Estatuto sí resultan una base legal suficiente⁴⁴, accesibles⁴⁵ y precisas⁴⁶. Mientras que por lo respecta a la claridad y previsibilidad del examen médico en el marco de un procedimiento de selección, éste resulta plenamente cumplido con lo previsto en los citados preceptos⁴⁷, a tenor de los cuales sólo podrán ser contratados como funcionarios o como agentes temporales aquellos que «reúnan las condiciones de aptitud física requerida para el ejercicio de sus funciones», mientras que el párrafo primero del artículo 13 del RAA y el párrafo primero del artículo 33 del Estatuto disponen que «[a]ntes de su nombramiento, el candidato aceptado será sometido a examen por un médico asesor de la institución, a fin de garantizar que reúne [dichas] condiciones»⁴⁸.

⁴⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de marzo de 1985, caso Barthold (*Publications*, Serie A, vol. 50, 1985) manifiesta que «la exigencia de base legal requiere que la injerencia tenga una base en el Derecho interno, que la Ley sea suficientemente accesible y que esté formulada con precisión suficiente para permitir a todos regular su conducta recurriendo, en caso de necesidad, a un asesoramiento apropiado» (apartado 45).

⁴⁵ «La accesibilidad del RAA y del Estatuto queda garantizada —según el Abogado General— al haber sido adoptados por el Consejo siguiendo los procedimientos establecidos y publicados en el Diario Oficial ambos textos» (*ibidem*, apartado 26, párrafo 2, p. I-4762).

⁴⁶ *Ibidem*, apartado 26, párrafo 2, p. I-4762.

⁴⁷ *Ibidem*, p. I-4763.

⁴⁸ En relación a los artículos citados, *vid.* los Reglamentos números 31 y 11 del Consejo, de 18 de diciembre de 1961 (*DOCE* 1962, núm. 45, p. 1385; E.E. 01/01, p. 19); el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) núm. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (*DOCE* L 56, p. 1; E.E. 01/01, p. 129), modificado por el Reglamento (EURATOM, CECA, CEE) núm. 912/78 del Consejo, de 2 de mayo de 1978 (*DOCE* L 119, p. 1; E.E. 01/02, p. 123), y por el Reglamento (CECA, CEE, EURATOM) núm. 2799/85 del Consejo, de 27 de septiembre de 1985 (*DOCE* L 265, p. 1; E.E. 01/05, p. 16).



En relación con el segundo requisito necesario para resultar justificada la presente injerencia en la vida privada del Sr. X de conformidad con el apartado 2 del artículo 8, se alegan tres objetivos, a saber: la protección de la salud, el bienestar económico del país y la protección de los derechos y las libertades de los demás. El primero es aceptado por el Abogado General como posible causa de justificación, entendido éste tanto para proteger su propio estado de salud como para proteger la salud de terceros, y no tanto en interés de las Instituciones⁴⁹. Por lo que se refiere al segundo de los objetivos, el Abogado General lo rechaza entendiendo que la «opción de carácter social» no debe suponer *«necesariamente una negativa a contratar al candidato, sino que puede ponerse en práctica recurriendo al párrafo segundo del artículo 28 del RAA. A tenor de dicha disposición, si el examen médico revela que el interesado está afectado por una enfermedad o dolencia, la AFPN “podrá decidir que los gastos ocasionados como consecuencia de esta enfermedad o dolencia sean deducidos del reembolso de los gastos [de enfermedad o de invalidez]”*»⁵⁰.

Finalmente, el tercero de los objetivos también es aceptado con carácter general por el Abogado General, al entender que *«[n]o son sólo las Instituciones comunitarias quienes tienen un interés directo en que sus servicios, encargados de tareas de interés general, funcionen correctamente, sino también los ciudadanos. Ahora bien, el buen funcionamiento se ve en peligro cuando prestan los servicios unos funcionarios que se ausentan frecuentemente por enfermedad»*⁵¹.

Sin embargo, la aceptación de estos dos motivos contenidos en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH no resultan por sí mismos suficientes para justificar la actuación legítima de la Comisión en el presente caso. Para el Abogado General los mismos deben ponerse en conexión con el hecho de que *«el recurrente sólo aspiraba a un trabajo cuya duración estaba limitada a un período de seis meses y que era poco probable que en un período tan corto su estado de salud evolucionara de manera tal que le hiciera perder la aptitud física para el desempeño de sus funciones»*⁵². Ello nos introduce en el tercero de los requisitos, que no es otro que el de la proporcionalidad.

⁴⁹ Conclusiones, apartado 27, párrafo 1, p. I-4763.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 2.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 3, pp. I-4763-4764.

⁵² *Ibidem*, párrafo 4, p. I-4764.

A este respecto, el Abogado General se manifiesta contrario a la actuación de la Comisión al entenderla desproporcionada, toda vez que encargó la realización de un examen más profundo —una prueba T4/T8—. Para este caso, se considera que *«el médico asesor está obligado a solicitar al interesado la autorización para proceder a realizarlo y a suministrarle, a él personalmente o a través de su médico de cabecera (...), las explicaciones necesarias para que pueda dar su conformidad con el pleno conocimiento de causa»*⁵³. Y más desproporcionada resulta aún la actuación de la Comisión cuando se pone en conexión con el otro aspecto de la protección de la vida privada, es decir, con el derecho a que no se comuniquen a terceros hechos relativos al estado de salud de la persona en cuestión⁵⁴.

2.4 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: fundamentos y fallo

Sometida la cuestión al Tribunal de Justicia mediante recurso de casación, éste modifica la sentencia desestimatoria del Tribunal de Primera Instancia y falla a favor del demandante. Para ello, el Tribunal de Justicia basa su fallo en los siguientes fundamentos de derecho. En primer lugar, entra en el examen del derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH, y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, al manifestar que

*«(...) el derecho al respeto a la vida privada (...) constituye uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (...). Este derecho comprende, en particular, el derecho a mantener secreto su estado de salud»*⁵⁵.

Junto a ello, se precisa igualmente que

«[...] el derecho al respeto de la vida privada exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión. Dado que el recurrente se había negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA, el mencionado derecho se opon[e] a que la administración reali[ce] cualquier tipo de prueba que permit[ra] sospechar o comprobar la existencia de dicha enferme-

⁵³ *Ibidem*, apartado 28, párrafo 2, p. I-4764.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 3, p. I-4765.

⁵⁵ STJCE de 5 de octubre de 1994, apartado 17, párrafo 1, p. I-4789.

dad, cuya revelación había rehusado aquél. Ahora bien, de las comprobaciones efectuadas [...] se sigue que el análisis linfocitario de que se trata proporcionó al médico asesor indicios suficientes para llegar a la conclusión de que era posible que el candidato fuera portador del virus del SIDA»⁵⁶.

El problema, entonces, es determinar si dicha actuación resulta justificada y proporcional con los motivos y objetivos contenidos en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH, ya que para el Tribunal de Justicia *«los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados»⁵⁷.*

A favor de la realización de la prueba biomédica se alega como base legal de la misma el artículo 13 en conexión con la letra d) del apartado 2 del artículo 12 del RAA, lo que supone que sólo puedan ser contratados como agentes temporales quienes reúnan las condiciones de aptitud física requeridas para el ejercicio de sus funciones. No obstante, para el Tribunal de Justicia *«(...) aunque el reconocimiento previo a la contratación sirve a un interés legítimo de las Instituciones comunitarias, que deben hallarse en condiciones de realizar su misión, dicho interés no justifica que se proceda a una prueba contra la voluntad del interesado»⁵⁸.*

Por todo ello, el Tribunal de Justicia procede a anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, *«en la medida en que la misma declaró que, habida cuenta de las anomalías puestas de relieve con ocasión de la anamnesis y del examen clínico, el médico asesor podía legítimamente solicitar que se practicara el análisis linfocitario T4/T8 y en que, por consiguiente, desestimó las pretensiones del recurrente relativas a la anulación de la decisión de la Comisión de 6 de junio de 1989»⁵⁹.*

⁵⁶ *Ibidem*, apartado 23, p. I-4791.

⁵⁷ *Ibidem*, apartado 18, p. I-4790.

⁵⁸ *Ibidem*, apartado 20, p. I-4790. Una cuestión distinta es la relativa a las consecuencias de dicha negativa por lo que respecta a la contratación laboral del recurrente, ya que para el Tribunal de Justicia *«[s]i el interesado, tras haber sido debidamente informado, se niega a dar su consentimiento a una prueba que el médico asesor considera necesaria para evaluar su aptitud para desempeñar las funciones para las cuales presentó su candidatura, dichas Instituciones no pueden ser obligadas a soportar el riesgo de contratarlo»* (apartado 21, p. I-4790).

⁵⁹ *Ibidem*, apartado 24, p. I-4791, y fallos 1) y 2), p. I-4793.

3. CUESTIONES MATERIALES

Hasta aquí las distintas posiciones que en el ámbito jurídico-procesal comunitario se han venido teniendo en cuenta respecto del presente asunto, y que responden a una pluralidad de opciones, lo que sin lugar a dudas facilita en parte el trabajo afrontado, al tiempo que obliga a una mayor profundidad en las cuestiones centrales que plantea. A este respecto, se debe señalar que el modelo que nos va a servir de base en relación al ámbito material de estudio es el esquema planteado por el Abogado General, pero sólo en lo relativo al primer motivo de recurso de casación presentado por el recurrente. Así, la primera temática que deberemos afrontar no puede ser otra que la relativa al derecho al respeto a la vida privada y familiar, y en concreto dos cuestiones básicas como son el concepto y el alcance de dicho derecho. Tras lo cual, centraremos la cuestión en el ámbito específico de las relaciones laborales, ya que es ahí donde se ha suscitado la licitud en la realización de este tipo de pruebas; aunque no se puede olvidar que dicha cuestión trasciende sin lugar a dudas el ámbito ahora afrontado para entrar de lleno en otros ámbitos que afectan por igual a nuestra vida privada⁶⁰, y en conexión con ello a nuestras ideas, creencias o convicciones. Piénsese sino en relación a la posibilidad abierta en el Reino Unido de realizar por parte de las compañías aseguradoras los denominados «test genéticos»⁶¹, en el Proyecto de Genoma Humano⁶², en la creación de bancos o bibliotecas genéticas⁶³ o en las prácticas genéticas con embriones humanos planteadas hasta ahora en el Reino Unido y en los EE. UU.⁶⁴.

⁶⁰ Vid. MALEM SEÑA, J. F., «Privacidad y mapa genético», en la revista *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, pp. 125-146.

⁶¹ Cfr. HENDGES, Y., «El genoma humano y el contrato de seguro», en *Derecho y Genoma Humano*, 1999/11, pp. 229-251; MENÉNDEZ, A., «El genoma humano y el contrato de seguro», en *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Bilbao, 1994; YANES, P., «Seguros de personas e información genética», en *Derecho y Genoma Humano*, 1994/1, pp. 191-200, y 1995/2, pp. 167-182.

⁶² Piénsese a este respecto en el posible uso de la información que proporciona el genoma humano a efectos laborales. Vid. en este contexto, SALA FRANCO, T., «El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales», en *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, pp. 147-156; CAVOUKIAN, A., «La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a "no saber"», en *Ibidem*, pp. 55-69.

⁶³ En relación con esta temática, vid. MALEM SEÑA, J. F., «Privacidad...», *op. cit.* en especial pp. 138-142.

⁶⁴ Vid. en España, Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988); en

3.1 El derecho al respeto de la vida privada: concepto y alcance

Partiendo de la definición que realizara el juez Cooley sobre la intimidad, para quien se configura como «un derecho a ser dejado sólo», cabe señalar que el respeto a la vida personal y familiar es un derecho comúnmente reconocido y garantizado en la mayoría de los textos internacionales de derechos humanos. En efecto, el mismo no sólo es tutelado por el artículo 8 del CEDH (al que ya se ha hecho referencia), sino que se encuentra igualmente reconocido en los artículos 5 de la Declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre⁶⁵, 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁶⁶, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷, 11 de la Convención americana sobre Derechos Humanos⁶⁸, 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹ y/o 6 de la Declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales⁷⁰.

Junto a ello, debe señalarse asimismo que su reconocimiento y protección no sólo se produce en el ámbito de los grandes textos internacionales relativos a derechos humanos, sino también en la mayoría de las Constituciones de los Estados actualmente existentes en el mundo, y muy en particular en las de los Estados miembros de la Unión Europea. A este respecto, debemos distinguir entre aquellas Constituciones en las que se reconoce de manera expresa el presente derecho [como es el caso de las Constituciones de Bélgica (art. 22), de España (art. 18), de Grecia (art. 9), de los Países Bajos (art. 10) o de Portugal (art. 26)], de aquellas otras que acuden a fórmulas genéricas de reconocimiento [este es el caso de la Ley Fundamental de Bonn (art. 2 en relación con los arts. 10.1 y 13), la Constitución

Alemania, Ley de 13 de diciembre de 1990, sobre Protección de Embriones (cit. en *Código de Leyes sobre Genética*, Univ. de Deusto, Bilbao, 1999, p. 79); en Francia, Ley núm. 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano (cit. *ibidem*, p. 233); en Suecia, Ley núm. 115, de 14 de marzo de 1991, relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones (cit. *ibidem*, p. 435).

⁶⁵ Aprobada como recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

⁶⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁶⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor con carácter general el 23 de marzo de 1976.

⁶⁸ Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

⁶⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

⁷⁰ Aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989.

italiana (art. 32 en relación con los arts. 14 y 15) o la Constitución de Luxemburgo (art. 11.3 en relación con los arts. 15 y 28)], o bien reconocen algunas de sus manifestaciones [y de forma concreta, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones en las Constituciones de Suecia (art. 6), de Dinamarca (art. 72) y de Finlandia (arts. 11 y 12)]. Un tercer nivel de reconocimiento se encuentra no ya en el ámbito constitucional, sino en el legal o jurisprudencial, lo que ocurre por ejemplo en Austria, Francia, Irlanda o el Reino Unido.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6⁷¹ del Tratado de la Unión Europea⁷², el derecho al respeto a la vida privada y familiar debe ser garantizado de manera plena y eficaz en el sistema jurídico comunitario. Esto es lo que se produce en la sentencia ahora comentada. En efecto, lo primero que cabe precisar es que el Tribunal de Justicia se muestra a favor de una protección del derecho a respetar la vida privada (y familiar) en sentido amplio⁷³. Y ello a pesar de aquellas posiciones que no sólo se oponían a su tutela en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, sino incluso frente a aquellos que proponían un contenido más minimista en su tutela.

El derecho a la intimidad se ha configurado básicamente como un derecho de carácter negativo dirigido a impedir la obtención y difusión por cualquiera de datos o circunstancias ajenas (incluido el estado de salud), sin el consentimiento del afectado. Sin embargo, junto a este objeto cabe señalar asimismo un contenido más amplio dirigido a impedir igualmente la injerencia de los poderes públicos con relación a cualquier pretensión de

⁷¹ Artículo 6 TUE: «1. *La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.*

2. *La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».*

⁷² Versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1977. Su entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1999.

⁷³ En relación con la realización de las pruebas de VIH en España, *vid.* Orden de 24 de junio de 1987, sobre pruebas de detección anti-VIH en materia de obtención, extracción, trasplante, injerto o implantación de órganos humanos (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1987). Y respecto a las donaciones de sangre, *vid.* Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determina con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre (BOE núm. 276, de 20 de noviembre de 1993), en especial artículos 7, 8 y 29.

imponer coactivamente un estilo de vida o modificar la conducta de los individuos en la sociedad en la que conviven⁷⁴.

La intimidad supone, pues, un doble contenido: i) la libertad de acción, como libertad para decidir la realización o no de determinados actos y comportarse en coherencia con la decisión, y ii) la libertad de conocimiento, referida a la determinación de qué, quién y con qué ocasión pueden conocerse informaciones que conciernen a una persona⁷⁵. Esta segunda manifestación supone, además, un «derecho a no saber» o «derecho al desconocimiento»⁷⁶, consistente respecto al supuesto que nos ocupa en no

⁷⁴ Piénsese a este respecto en la posibilidad de realizar investigaciones genéticas a nivel de una población concreta, ya que en la misma se da una mayor incidencia de un determinado gen recesivo relacionado con una enfermedad mortal. En este sentido se sabe, por ejemplo, que la comunidad de judíos askenazis tiene una alta incidencia de portadores del gen de la enfermedad Tay-Sachs, una enfermedad neurológica degenerativa que es mortal en la primera infancia. Pues bien, el sometimiento de las parejas de esta población a análisis genéticos les permitiría tener en cuenta su condición de portadores con vistas a una posible planificación familiar. Ello ha dado lugar a que las comunidades de Judíos Askenazis de Nueva York y de Jerusalén hayan alentado a los jóvenes, durante las primeras etapas de la relación de pareja, a que se sometan a pruebas de detección antes de pensar en el matrimonio. Fruto de esta iniciativa ha sido el Proyecto «Dor Yeshorim» en el que se anima a los jóvenes judíos ortodoxos a someterse a un análisis de sangre para determinar si son portadores de genes de tres enfermedades genéticas, a saber: Tay-Sachs, fibrosis quística y Gaucher. Tras el análisis, a cada persona se le asigna un número de identificación de seis dígitos. Cuando dos personas comienzan a salir juntas se les anima a que llamen a la línea directa del proyecto «Dor Yeshorim» de Nueva York y faciliten sus números de identificación. De esta manera se les informará si constituirían una pareja compatible, entendiéndose por tal que no tengan ningún peligro de dar a luz hijos con las enfermedades genéticas antes reseñadas.

Otro ejemplo lo constituye las pruebas de detección de portadores de la «anemia de Cooley/talasemia» en determinadas comunidades mediterráneas donde parecen ser más frecuentes los genes de dicha enfermedad. En concreto, existe un programa de detección genética de estas características en Chipre, cuyos resultados han tenido un notable éxito al eliminar prácticamente nuevos casos de talasemia. Para ello, las autoridades, tras amplias consultas sociales con la Iglesia, grupos comunitarios, escuelas y padres, establecieron un programa mediante el cual se exigía a todas las personas que quisieran contraer matrimonio someterse a las pruebas para detectar la presencia de dicho gen. Aunque los análisis no son técnicamente obligatorios, no se permite a las personas casarse sin un «certificado prematrimonial». La licencia matrimonial no se expide sin un certificado prematrimonial, y el mismo no se expide sin el requisito del análisis genético. Mediante este certificado las autoridades certifican que las personas que van a contraer matrimonio se han sometido al análisis para detectar la presencia del gen de la talasemia. Los resultados de las pruebas genéticas no se revelan a ninguna persona distinta del propio sujeto.

A nadie puede escapar los peligros que este tipo de prácticas u otras basadas en éstas pueden tener; y muy especialmente los temores relativos a prácticas eugenésicas, así como el fastidio del Tercer Reich. Para un estudio más en profundidad sobre las mismas *vid.* CAVOUKIAN, A., «La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”», en *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, pp. 65-68.

⁷⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.-E., «Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data», en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pp. 38-39.

⁷⁶ Cfr. TAUPITZ, J., «El Derecho a no saber en la legislación alemana», en *Derecho y Genoma Humano*, 1998/8, pp. 105-115, y 1998/9, pp. 163-179.

tener que someterse a análisis médicos que revelen la intimidad biológica, así como un «derecho a no revelar» que operaría tanto respecto a la persona titular del derecho como respecto a terceros⁷⁷.

En definitiva, el derecho al respeto a la vida privada se constituye básicamente en un derecho subjetivo a estar libre de intromisiones tanto por parte de los poderes públicos como por terceros (incluidos los propios hospitales), que entraña restricciones respecto de la recogida, comunicación, uso y difusión de información de carácter personal; dando lugar a lo que en la doctrina alemana se ha denominado «una autodeterminación informativa»⁷⁸.

3.2 Vida privada y familiar y relación de trabajo

A efectos laborales, entendemos que debe partirse de una premisa previa y necesaria, a saber: deben resultar intrascendentes todos aquellos elementos que nada tengan que ver con la actividad a desarrollar por el trabajador, por lo que en la mayoría de las ocasiones las ideas, las creencias, las convicciones o la vida privada (y dentro de ellas, el estado de salud o la condición o estatuto personal) deben resultar elementos ajenos a toda valoración de la aptitud de una persona⁷⁹, y ello tanto en la fase precontractual como en la contractual⁸⁰.

Ello nos conecta directamente con la temática más amplia relativa a la posibilidad de indagación, por parte del empresario, de la vida privada en el momento de la admisión o ingreso del trabajador. Una cuestión se plantea con carácter previo, como es la referida a la necesidad de reconocimiento legal expreso de dicha prohibición por parte de la normativa competente en la materia. Pues bien, a este respecto cabe precisar que el hecho de que no

⁷⁷ A este respecto debe señalarse, no obstante, que el derecho a preservar la confidencialidad de los datos genéticos así como el derecho a no saber pueden entrar en contradicción con el interés de terceros en acceder a los mismos. Ello plantea un problema básico como es el relativo a la determinación de la titularidad de los datos genéticos. En este sentido, *vid.* SOLA, C. DE, «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto», en *Derecho y Genoma Humano*, 1994/1, pp. 179-190, y 1995/2, pp. 157-166.

⁷⁸ Cfr. LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990.

⁷⁹ En este sentido resultan relevantes los artículos 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores y 1.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

⁸⁰ A favor de la relación de proporcionalidad y adecuación entre la solicitud de datos personales y el uso de los mismos, *vid.* artículo 6.1.b) y c) de la Directiva 95/46/CE.

se produzca un reconocimiento expreso de dicha prohibición por parte de la legislación laboral, o administrativa en su caso, no debe llevar a entender que dicha prohibición se encuentra excluida, ya que la misma forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad y el respeto a la vida privada y familiar⁸¹, lo que la convierte en objeto necesario y esencial a la función de asegurar el mencionado derecho también en el ámbito de la empresa⁸².

Dicho derecho supone, a su vez, el reconocimiento de un doble aspecto de no obligar a hacer, el primero, y de abstenerse de hacer, el segundo. En base a ello se puede afirmar que la presente facultad supone, en primer lugar, una prohibición de no obligar a declarar sobre la vida privada y, en segundo lugar, a no realizar averiguaciones sobre la misma. Queda, por tanto, vedada al empresario toda inclusión de preguntas en test, entrevistas o cuestionarios de ingreso que permitan indagar la vida privada o familiar, las opiniones, ideas, creencias o convicciones de los candidatos, así como cualquier invasión o investigación, por el medio que sea, de las cuestiones precitadas⁸³. Cualquiera de dichas actitudes por parte del empresario deben ser estimadas –a nuestro entender– como presunción de conducta discriminatoria.

Partiendo, pues, de dicho axioma, el problema es determinar si la realización de pruebas médicas es por sí misma válida y lícita en la concesión final de un puesto de trabajo, y de resultar afirmativa dicha respuesta: hasta dónde pueden llegar dichas pruebas. También cabría plantear la presente cuestión en sentido contrario al expuesto, esto es, cuándo una prueba médica resulta lícita y no violaría, en consecuencia, el derecho a la intimidad del trabajador. Aquí reside –según Cavoukian–, y nosotros nos adherimos, el mayor potencial de discriminación: «*la posibilidad de discriminar a determinados empleados basándose en un riesgo por determinar de una enfermedad no relacionada con ningún requisito laboral concreto*»⁸⁴. Cuestiones éstas de las que nos ocuparemos a continuación.

⁸¹ Cfr. FARIÑAS, L. M., *El derecho a la intimidad*, Ed. Fririum, Madrid, 1983; REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

⁸² Cfr. GOÑI SEIN, J. L., «El respeto a la vida privada», en *Relaciones laborales*, núm. 8 (1986), pp. 35-44; *idem*, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988.

⁸³ Cfr. BAYLOS GRAU, A., «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de indagaciones sobre la ideología, creencias y vida privada», en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Serv. Publicaciones de la Fac. de Derecho de la Univ. Complutense, Madrid, 1980, pp. 311 y ss.

⁸⁴ CAVOUKIAN, A., «La confidencialidad en la genética...», *op. cit.*, p. 58.



3.2.1 LICITUD DE LAS PRUEBAS BIOMÉDICAS Y RELACIÓN LABORAL

Una cuestión central en toda esta problemática es la relativa a la determinación del derecho a proteger. En este sentido, baste con recordar que para el demandante toda prueba médica violaría por sí misma el artículo 8 del CEDH, por lo que su simple existencia supone una quiebra del mencionado precepto. Una posición menos rígida sería aquella que entendiéndose que toda prueba médica resulta ilícita per se, salvo que suponga una injerencia «necesaria». Por último, cabe señalar una tercera posición, que, aunque próxima a la anterior, se diferencia de ésta por el hecho de considerar a las pruebas médicas como básicamente lícitas, salvo que se viole el derecho a la intimidad o que suponga una injerencia ilegítima o arbitraria en la vida privada o familiar de una persona.

Junto a ello, se deberá determinar igualmente el alcance que en esta materia tiene o debe tener el consentimiento manifestado y motivado del sujeto afectado, como posible elemento necesario e, incluso, legitimador de la actuación médica realizada. Materias éstas de las que nos ocuparemos seguidamente.

3.2.1.1 *Licitud en la realización de pruebas biomédicas*

Lo primero que debe precisarse es que la conexión de la biomedicina con las relaciones de trabajo no sólo puede afectar al ámbito del derecho humano hasta ahora mencionado, esto es, la vida privada y familiar, sino que la misma puede afectar a otros muchos planos, y en concreto a la relación entre los avances científicos y la dignidad del ser humano (dentro de cuyo contenido se integran sin duda todos y cada uno de los derechos humanos fundamentales)⁸⁵.

Ahora bien, en la cuestión jurisprudencial planteada el problema no es éste, sino mucho más conciso: la relación entre pruebas médicas legalmente previstas y el respeto a la vida privada y al secreto de los resultados obtenidos que afecten a la salud del sujeto. Por ello, limitaré el presente comentario a esta cuestión, dejando al margen cuestiones que aunque pró-

⁸⁵ En este ámbito un lugar preeminente lo ocupa el genoma humano y la protección de los derechos humanos. *Vid.* a este respecto, BLÁZQUEZ RUIZ, J., *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Editorial Comares, Granada, 1999.

ximas no podemos en este momento ocuparnos de ellas, toda vez que rebasaría los objetivos del presente trabajo ⁸⁶.

En cuanto a la temática planteada, debemos señalar que —a nuestro entender— las tres posiciones antes mencionadas han encontrado reflejo a lo largo del iter jurisprudencial reseñado. Así, la posición a favor de la existencia de un derecho absoluto es defendida por el demandante básicamente en su recurso de casación ante el Tribunal de Justicia; la teoría a favor de la licitud de las pruebas médicas por motivos de necesidad o seguridad, por su parte, ha sido sustentada básicamente por el Tribunal de Primera Instancia; mientras que la posición a favor del derecho pero de manera restrictiva ha sido mantenida por el Tribunal de Justicia. De las tres posiciones, la que entendemos más adecuada, tanto al espíritu de la norma convencional como la que mejor responde al ámbito donde se aplica: las relaciones laborales, es sin lugar a dudas la mantenida por el Tribunal de Justicia; por lo que nos remitimos a lo señalado *infra*.

No obstante, el problema está en determinar si las pruebas realizadas pueden entenderse como integrantes de las relativas a la detección del SIDA y, en consecuencia, contrarias a las normas adoptadas en el interior de la Comunidad o si, por el contrario, dichas pruebas no entran dentro del mencionado marco ⁸⁷ y, por consiguiente, resultan perfectamente compatibles con la posición mantenida por el Consejo y los Gobiernos de los Estados miembros sobre las pruebas de detección del SIDA ⁸⁸. En el caso concreto de las pruebas VIH, como en otros supuestos que puedan producirse

⁸⁶ Una posición negativa o un uso indeseado puede encontrarse en la cita de JANET C. HOEFEL y que es recogida por LINDA NIELSEN en su trabajo «Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea», en *Derecho y Genoma Humano*, 1996/4, p. 67. Esta autora señala al efecto lo siguiente: «Imagínense una sociedad en la que las autoridades tuvieran archivadas muestras de tejidos y fluidos de toda la comunidad y un banco de datos informatizado del perfil de ADN de cada persona. Imagínense entonces que no sólo los agentes del orden, sino también las compañías de seguros, empleadores, escuelas, agencias de adopción y muchas otras organizaciones, pudieran tener acceso a dichos archivos de acuerdo con “su necesidad de conocer datos” o acreditando que dicho acceso se realiza “en interés público”. Imagínense a continuación que se pudiera negar a una persona empleos, seguros, adopción, atención sanitaria y otros servicios y prestaciones sociales basándose en la información contenida en su perfil de ADN, como una enfermedad genética, la herencia genética o la idea subjetiva de alguien de lo que constituye un “defecto” genético».

⁸⁷ La misma supone una apreciación de hecho, que en el caso concreto no se demostró su coincidencia, ya que se consideró por parte del Tribunal de Primera Instancia que «el demandante no [había] demostrado que fue sometido a una prueba indirecta de detección de anticuerpos VIH» (apart. 58).

⁸⁸ Se está haciendo referencia, en concreto, a la Resolución del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de diciembre de 1989, relativa a la lucha contra el SIDA (DOCE C 10, 1990, p. 3).

en el futuro y entre los que sin lugar a dudas se encuentran de manera mediata las pruebas genéticas⁸⁹, el límite de la licitud no estaría tanto en la proporcionalidad de la prueba médica en su conexión con la aptitud profesional, sino en la consideración de la prueba médica en sí misma considerada como elemento suficiente para justificar la ilicitud de la prueba practicada⁹⁰, y ello con independencia de su conexión con la actividad profesional.

Junto a ello, cabe señalar además que en el presente supuesto la intimidad aparece vinculada con el derecho a la integridad física, ya que –como ha puesto de manifiesto Mendizábal– dichas pruebas «*exig[en] para su efectividad una agresión en el lenguaje médico o una lesión en el jurídico, aun cuando fuese mínimo*»⁹¹. En consecuencia, cabe afirmar que las pruebas médicas y biológicas, en la medida en que conllevan la práctica de una intervención corporal –y en el caso presente la conllevan–, tan sólo se justifican cuando sean indispensables, sin que en ningún caso puedan ordenarse cuando supongan para quien tenga obligación de soportarlas un grave riesgo o quebranto para su salud, ni tampoco una injerencia desproporcionada entre la finalidad de la prueba y la intromisión que conlleva en la intimidad de la persona⁹².

3.2.1.2 *Consentimiento con conocimiento de causa y confidencialidad de los datos personales*

1. En el campo concreto de la medicina y de las pruebas biomédicas, la información y previa autorización por parte de la persona interesada, así como la confidencialidad de los resultados obtenidos (en este caso, en el secreto en el estado de salud), entendemos que resultan requisitos necesarios y de cumplimiento absoluto, ya que de lo contrario se pone en riesgo no sólo los derechos fundamentales mencionados, sino incluso el propio desarrollo de la persona y su dignidad. Por ello, a tales efectos resulta relevante y exigible su aplicación también en el ámbito del Derecho comunitario de la Convención Europea, de 4 de abril de 1997, sobre la Protección de

⁸⁹ En relación con estas pruebas en las relaciones laborales, *vid.* SALA FRANCO, T., «El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales», en *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, pp. 147-156.

⁹⁰ *Vid.* en este sentido, Sent. del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 1992, *op. cit.*, apartado 56.

⁹¹ MENDIZÁBAL, R. DE, «Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad», en *Derecho y Genoma Humano*, 1995/2, p. 26.

⁹² En este sentido se ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 7/1994, de 17 de enero (*BJC* núm. 154, p. 60).

los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina⁹³. En concreto, en relación con el consentimiento como requisito necesario el artículo 5 prevé que

«No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre»⁹⁴.

Y lo mismo sucede en materia de investigación (art. 17) o extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplante (art. 19, párrafo 2)⁹⁵. Es más, con carácter general se dispone que, en relación con las personas incapaces, éstas *«no [pueden] ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo»* (art. 6.1)⁹⁶.

Por su parte, en relación con el derecho a la intimidad y de respeto a la vida privada, el art. 10 del Convenio establece que

«Todos tienen derecho al respeto de su vida privada en el ámbito de la salud. Toda persona tiene derecho a conocer cualquier información recogida sobre su salud. Si, no obstante, prefiriese no ser informada, habrá de respetarse su voluntad.»

⁹³ De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 33 del mismo, su entrada en vigor se ha producido con fecha 1 de diciembre de 1999. Este Convenio ha sido ratificado por España por Instrumento de 1 de septiembre de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999; corrección de errores: BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1999) y su entrada en vigor se ha producido el 1 de enero de 2000. En adelante, Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Biomedicina.

⁹⁴ En relación con este precepto, *vid.* asimismo los artículos 8 y 9 de la presente Convención.

⁹⁵ Con respecto al consentimiento en relación con las mencionadas materias en la legislación española, *vid.* Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979), artículos 4.b) y c); 5.2 y 3, y 6; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986), artículo 10, apartados 4, 6 y 9; Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988), artículos 2, apartados 3 y 4; 5; 6; 8; 9, apartados 2 y 3; 13.3.a); 15.1.a); y 19.7 y 8; Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988), artículos 2.b), c) y f); 4; 5.2; y 9.2.A.b); Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos (BOE núm. 63, de 13 de marzo de 1980), artículos 2.a) y c); 3; 4; 7; 8; 9; 11; 12.3 y 4; y disposición final segunda, párrafos 4 y 5; Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996), artículos 7, 8, 9; Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996), artículos 2.3; 4; 6.3; 7.2 y 3; y Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996), artículos 7.2 y 3, y 12.1.

⁹⁶ En relación con el mismo, *vid.* las reservas previstas en los arts. 17 y 20.



Excepcionalmente la ley nacional podrá prever, en interés del paciente, restricciones al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2»⁹⁷.

Todo ello supone un doble contenido que se concreta, por un lado, en el consentimiento informado⁹⁸ y, por otro, en la confidencialidad de los datos obtenidos. Por lo que se refiere al consentimiento informado nos mostramos plenamente de acuerdo con el planteamiento mantenido por el Abogado General, Sr. Walter van Gerven, en el apartado 24 de sus Conclusiones, al señalar que

«El requisito del consentimiento con conocimiento de causa consta de dos elementos estrechamente relacionados: es preciso suministrar información suficiente para que el consentimiento del interesado pueda ser completo, es decir, para que se pueda dar causa. Así pues, pueden atentar contra el derecho a la protección de la vida privada tanto el hecho de no suministrar información suficiente como el hecho de no pedir su conformidad al interesado».

En consecuencia, cabe distinguir un doble aspecto relativo a la información suministrada, el primero, y a la manifestación del consentimiento, el segundo. Por lo que se refiere al primero de los elementos, es decir, la información a suministrar al interesado para que éste pueda elegir con suficientes elementos de juicio, ésta deberá constar al menos de los siguientes datos, a saber: sobre la forma, el motivo, el objeto, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias y los posibles efectos secundarios de la prueba médica a realizar. En este sentido, el art. 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Biomedicina dispone, en su párrafo segundo, que dicha información ha de ser *«adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos».*

En cuanto al segundo de los elementos, esto es, la manifestación del consentimiento, entendemos que en los casos como el presente deberá rea-

⁹⁷ Respecto al principio de confidencialidad y respeto de la vida privada en la Legislación española en el campo de la salud, cabe hacer mención de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986), artículos 1, 2, 3 y 4; de la Ley 14/1986, artículo 10, apartados 1 y 3, 24, 26 y 28; de la Ley 35/1988, artículos 2.5; 5.5, y 19.2, 3 y 6; de la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el Régimen Jurídico de la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de Organismos Modificados Genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1994), artículos 23 y 24; del Real Decreto 634/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen normas sobre condiciones de los productos sanitarios implantables activos (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1993), artículo 21; del Real Decreto 1854/1993, artículo 29; del Real Decreto 412/1996, artículo 9; y del Real Decreto 411/1996, artículos 3; 11.1.h); 12.9, y 15.1.g).

⁹⁸ Cfr. GALÁN CORTÉS, J. C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

lizarse de forma explícita, concreta⁹⁹ y el mismo se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde el interesado haya sido informado, no cabiendo –tal y como pretende la Comisión– un consentimiento emitido de forma implícita o indirecta, a través de entender que la mera decisión de participar en un procedimiento de selección que incluye un examen médico implica la emisión del mencionado consentimiento o bien que la toma de decisión, su conocimiento y aceptación a participar en la selección pueda suponer que dicho examen médico no produzca injerencia ilícita alguna de producirse en la vida privada del candidato.

Asimismo, y aunque se trata sin lugar a dudas de un requisito necesario para la realización de este tipo de pruebas, no se puede obviar tampoco que –como ha puesto de manifiesto Cavoukian– *«la presión sobre las personas que solicitan un trabajo para que consientan su realización es muy alta, debido a un deseo de “conseguir el trabajo”, lo que resta gran valor a dicho consentimiento»*¹⁰⁰.

Mientras que respecto al principio de la confidencialidad entendemos plenamente aplicable lo establecido en el Convenio Europeo, de 28 de enero de 1981, sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales¹⁰¹. En concreto, su art. 6 tiene un contenido mucho más amplio al disponer que

*«Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas, así como los datos de carácter personal relativos a la salud¹⁰² o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas¹⁰³. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales»*¹⁰⁴.

⁹⁹ Con el término concreta queremos hacer referencia a la cuestión temporal, en el sentido de que no podrá entenderse con carácter absoluto o atemporal. A este respecto, el artículo 5 del Convenio Europeo de 1996, en su párrafo tercero, establece que *«La persona afectada podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad»*.

¹⁰⁰ CAVOUKIAN, A., *op. cit.*, p. 59.

¹⁰¹ Ratificado por España por Instrumento de 31 de enero de 1984 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985). De conformidad con el artículo 22, su entrada en vigor se ha producido de forma general y para España el 1 de octubre de 1985.

¹⁰² El subrayado es mío.

¹⁰³ A este respecto y dentro de la Legislación española se debe hacer mención de la Constitución española, artículo 18.4; de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, artículos 7, 8, 9, 10 y 11.

¹⁰⁴ En relación con este precepto en cuanto a las excepciones, *vid.* artículo 9, mientras que respecto a las relaciones transfronterizas, *vid.* artículo 12.

2. Dentro del propio ámbito normativo del Derecho comunitario se ha planteado la presente cuestión, esta vez desde la perspectiva de la libre circulación de dichos datos. En efecto, la presente temática ha sido abordada en la Directiva 95/46/CE¹⁰⁵, que partiendo del principio de libertad de circulación en materia de datos personales (art. 2) establece, no obstante, la garantía por parte de los Estados miembros del derecho a la intimidad en lo que respecta a los mismos¹⁰⁶. A este respecto cabe precisar que los «datos personales» que pueden ser tratados de forma automatizada¹⁰⁷ son únicamente los referidos a *«toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social»* [art. 2.a)].

Ahora bien, para la obtención y tratamiento de datos personales, los Estados miembros deben disponer en sus respectivos ordenamientos que los mismos se realicen con el consentimiento manifestado de forma inequívoca por el interesado [art. 7.a)], entendiendo el término «consentimiento» como *«toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento automatizado de datos personales que le conciernan»* [art. 2.h)]. No obstante, no pueden ser objeto de la actividad de tratamiento de datos personales todos aquellos *«que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento a los datos relativos a la salud o a la sexualidad»* (art. 8.1)¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (DOCE núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995).

¹⁰⁶ Artículo 1.º: «De acuerdo con la Directiva, el Estado Miembro protegerá los derechos y libertades fundamentales de las personas nacionales, especialmente el derecho a la intimidad, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal».

¹⁰⁷ Por «tratamiento de datos personas ("tratamiento")» se entiende «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción» [art. 2.b)].

¹⁰⁸ En cuanto a las excepciones a la regla general mencionada, *vid.* artículos 8.2 y 13 de la Directiva 95/46/CE.

3. La problemática del consentimiento plantea, finalmente, una tercera cuestión como es la referida a las consecuencias que conlleva tanto la realización de una respuesta positiva o afirmativa, como de una negativa. En cualquier caso lo que si parece exigible, en primer lugar, es que el sujeto en cuestión manifieste el consentimiento y que para ello lo haga con pleno conocimiento de causa. Parece optarse de este modo por el reconocimiento de una primacía a favor del interés del trabajador, o lo que es lo mismo que el libre juego de la autonomía negocial debe atemperarse a las exigencias de una «autodeterminación informada», a fin de prever cualquier intromisión ilegítima de terceros en lo que algún autor ha denominado «el reducto biológico más íntimo del hombre»¹⁰⁹.

Ahora bien, la prestación afirmativa de dicho consentimiento no puede condicionar, ni en un sentido positivo ni en el negativo, la posible contratación del candidato, ya que de su manifestación afirmativa no puede derivarse *a priori* consecuencia alguna de carácter perjudicial o benéfico, salvo aquellas que afecten directamente a las aptitudes profesionales del candidato en el desempeño del posible trabajo. De no justificarse razonadamente la consecuencia negativa basada o derivada de dicha declaración, la misma debe entenderse como un acto discriminatorio por parte del empresario y, consiguientemente, nulo de pleno derecho.

Cuestión distinta es la relativa a los datos biológicos, y en su caso genéticos, que se obtengan de las correspondientes pruebas médicas. En este caso se debe garantizar plenamente la protección de toda esta información, para lo cual cabe distinguir un doble plano: el del médico que realiza las correspondientes pruebas, el primero, y el del empresario, el segundo. En relación con el médico se establece el derecho-deber al secreto profesional, el cual debe entenderse en interés del paciente (en este caso del trabajador) incluso en aquellos supuestos en que —como el presente— el médico se halle contractualmente vinculado a la empresa¹¹⁰.

Sin embargo, dicho deber no se viola cuando se produce la autorización del interesado, lo que debe entenderse producido cuando el posible trabajador consienten la revelación de la información por parte del médico como medio para alcanzar el puesto de trabajo. A este respecto nos parece

¹⁰⁹ GAFO, J., «El nuevo homo habilis», en *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989, pp. 161-164.

¹¹⁰ A este respecto resulta relevante la legislación española, y en concreto la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, en especial artículo 7.4, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en especial artículos 10.1 y 3, y 61.

perfectamente traspolable la propuesta realizada por la doctrina alemana¹¹¹, y trasladada al Derecho español por Yanes en relación a los contratos de seguros, de un sistema de doble consentimiento sucesivo, que operaría anudando a la primera autorización para practicar el análisis genético una segunda autorización para revelar el resultado obtenido del mismo¹¹². Amén de ser plenamente conforme con la dualidad material del derecho a la intimidad que representa el «derecho a no saber» y el «derecho a no revelar»¹¹³.

Un plano distinto lo ocupa el empresario en relación a la protección de los datos personales que el trabajador le haya libremente manifestado. A este respecto, ya se ha puesto de manifiesto cómo el acceso a la información de dichos datos debe transcurrir por el cauce de la autorización del interesado, lo que supone también la inclusión del empresario en el ámbito de la confidencialidad compartida¹¹⁴, por lo que éste tiene igualmente atribuido en cierta forma un deber de secreto profesional¹¹⁵.

Posición distinta es cuando el sujeto manifieste su negativa. A este respecto deben precisarse dos consecuencias que parecen derivarse de la presente sentencia del TJCE. La primera es que ambas respuestas forman parte —como ya se ha puesto de manifiesto— del derecho en cuestión, y por lo tanto la negativa del sujeto a prestar su consentimiento debe respetarse de manera absoluta, ya que en caso contrario se produce una injerencia arbitraria e ilegítima en su vida privada y personal¹¹⁶. Ahora bien, de producirse dicha respuesta, lo que no podrá exigirse por parte del sujeto es la tutela real y efectiva de sus derechos, aunque éstos tengan carácter de fundamentales¹¹⁷, ni tampoco que la misma no pueda tener efectos, incluso

¹¹¹ Cfr. PRÄVE, P., *Das Recht des Versicherungsnehmers*, p. 279; RAESTRUP, V., *Versicherungs und Genomanalyse*, p. 37.

¹¹² YANES, P., «Seguros de personas...», *op. cit.*, pp. 180-181.

¹¹³ Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., y CASTELLANO ARROYO, M., «La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica», en *D. S.* núm. 1 (1993), pp. 5-11.

¹¹⁴ Para YANES «la razón de que esto sea así (...) lo encuentra en que la protección de la intimidad no sólo se articula desde la exigencia de la autodeterminación informativa del interesado, sino desde el deber de secreto impuesto a los terceros que, por no ejercitarse el derecho a no saber y el derecho a no revelar, penetran autorizadamente en ella» (cit. «Seguros de personas...», *op. cit.*, p. 181).

¹¹⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *P. J.* núm. 31 (1993), pp. 168-170.

¹¹⁶ Cfr. ROMAGNOLI, U., *Comentario all' art. 8 del Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, pp. 139 y ss.

¹¹⁷ Sobre las consecuencias de la no manifestación de la religión profesada, el TJCE se ha pronunciado en la sentencia de 27 de octubre de 1976, asunto Prais contra Consejo (*Reçueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1976).

negativos, por lo que se refiere a su contratación, siempre que dicha consecuencia pueda ser justificada de manera razonable y proporcionada¹¹⁸. En este contexto entendemos la afirmación realizada por el TJCE, en su apartado 21, al precisar que «[s]i el interesado, tras haber sido debidamente informado, se niega a dar su consentimiento a una prueba que el médico asesor considera necesaria para evaluar su aptitud para desempeñar las funciones para las cuales presentó su candidatura, dichas Instituciones no pueden ser obligadas a soportar el riesgo de contratarlo»¹¹⁹.

Ahora bien, la presente afirmación no debe entenderse —a nuestro entender— como una ampliación de las facultades del empresario, el cual está obligado a no realizar ningún tipo de actividad discriminatoria en razón de cualquier condición o circunstancia personal o social¹²⁰. Ello supone, en consecuencia, que ninguna circunstancia personal que no sea relevante en orden a valorar la aptitud profesional del trabajador podrá ser tenida en cuenta por el empresario en el momento de la contratación¹²¹. Sin embargo, la realización de pruebas médicas sí resultan *a priori* un elemento de valoración de la aptitud profesional, por lo que las mismas no podrán entenderse como ilícitas, salvo que no estén justificadas. Cuestión ésta que nos introduce en el ámbito de los límites.

3.2.2 LÍMITES

La relación entre el derecho al respeto a la vida privada y la realización de pruebas médicas como elemento de valoración de la aptitud profesional de una persona nos conecta directamente con la actuación tanto de las autoridades públicas como de los particulares en el ámbito de las relaciones laborales. Lo primero que cabe precisar es que no toda actuación de los mencionados sujetos supone en todos los casos una actividad ilegítima en el ámbito de la vida privada de una persona cuando lo que se pretenda sea la contratación de la misma en una actividad de tipo laboral, ya que el derecho en cuestión no puede considerarse como absoluto y, por consiguiente, pueden existir restricciones a estos derechos «*siempre y cuando éstas respondan efectivamente* —como afirma el Tribunal de Justicia— *a objetivos de interés general y no constituyan, en relación con el fin perse-*

¹¹⁸ STJCE de 5 de octubre de 1994, *op. cit.*, apartado 18, p. I-4790.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Cfr. BAYLOS GRAU, A., «En torno...», *op. cit.*, pp. 139 y ss.

¹²¹ Cfr. GOÑI SEIN, J. L., «El respeto...», *op. cit.*, pp. 35-44.



guido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho garantizado»¹²². En concreto, para el TJCE debe tomarse como punto de referencia las disposiciones del apartado 2 del mencionado precepto del CEDH, por lo que a tenor de dicha norma la injerencia de una autoridad pública en la vida privada puede resultar justificada en la medida en que esté «prevista por la ley», que persiga uno o varios de los objetivos reconocidos —con carácter limitativo¹²³— en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH y que sea «necesaria» en una «sociedad democrática» para alcanzar el objetivo o los objetivos propuestos¹²⁴. En definitiva, se trata de aplicar el principio de la proporcionalidad entre la injerencia en la vida privada y la consecución de los objetivos o fines que se persiguen¹²⁵.

Por consiguiente, se puede afirmar que queda absolutamente prohibido todo tipo de indagaciones que no cumplan alguno de los requisitos mencionados, es decir, que no tengan como finalidad la protección de un fin legítimo de la institución o empresa, que éstos hayan sido previamente tasados y que su exigencia tenga relación directa con el puesto de trabajo a desempeñar dentro de la organización de la misma. La ausencia de cualquiera de estos elementos supone una quiebra del principio de legalidad y seguridad jurídicas y, consiguientemente, la violación del principio de no discriminación.

En consecuencia, cabe afirmar que la prohibición de indagar sobre la vida privada (o, en su caso, sobre las ideas, opiniones, creencias o convicciones) por parte del empresario se ha entendido de manera amplia en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que toda indagación o investigación a este respecto —dato en el cual debe incluirse la de carácter biomédico y genético¹²⁶— sin el previo consentimiento informado del trabajador o sin un fin legítimo se entenderá como ilícita por violar el derecho a

¹²² STJCE de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania, *op. cit.*, apart. 23.

¹²³ Las excepciones al derecho general formulado en el apartado 1 del artículo 8 del CEDH deben interpretarse estrictamente. *Vid.* STEDH de 21 de febrero de 1975, caso Golder, apartado 44 (*Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Serie A, vol. 18, 1975). En relación con la salud pública, *vid.* CASADO, M., «El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencia de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana», en *Derecho y Genoma Humano*, 1996/4, pp. 25-41.

¹²⁴ Cfr. STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander, en concreto párrafos 50, 56 y 58 (*Publications...*, *op. cit.*, serie A, vol. 116, 1987).

¹²⁵ Cfr. STEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson, apartado 67 (*Publications...*, *op. cit.*, Serie A, vol. 130, 1988).

¹²⁶ Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, G., «El derecho a la intimidad, reserva o secreto. Cambios de perspectiva a partir de las investigaciones sobre genoma humano», en *Derecho y Genoma Humano*, 1999/11, pp. 57-69.

la intimidad de las personas, y ello aunque aquéllas sean realizadas de manera indirecta (o, como en el caso en cuestión, «solapada») por el empresario. Además, dicha actividad supone igualmente —a nuestro entender— un acto de discriminación en razón de la condición personal del sujeto prohibida por el artículo 13¹²⁷ del TCE¹²⁸.

4. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo anterior, cabe señalar que la cuestión de la biomedicina y de la genética, y en concreto de la realización de pruebas médicas en el ámbito de las relaciones de trabajo, se plantea esencialmente desde el plano de la discriminación en el ámbito de la salud, pero como sucede en el caso presente dicha discriminación puede proyectarse sobre otros planos¹²⁹ y afectar al propio desarrollo de la personalidad del ser humano, cuando no a la propia dignidad humana¹³⁰. Por ello debemos escapar de toda ideología que organice o estructure las sociedades bajo modelos de meritocracia¹³¹, aunque éstas sean —y porque son— democráticas.

En esta materia, además, no entendemos suficiente una posición de los poderes públicos de mera garantía negativa o de no interferencia, sino que por el contrario creemos necesarias políticas de actuación que se concreten en medidas de garantía positiva que alcancen incluso a terceros particulares o al ámbito *inter privatos* (*Drittwirkung*)¹³², aunque en este último supuesto la actividad sólo pueda ser de respeto y no de actividad. El hecho de constituirse una relación de trabajo no puede suponer, en ningún caso, la renuncia a los derechos fundamentales reconocidos, y en este caso al respeto a la vida pri-

¹²⁷ Artículo 13 TCE: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

¹²⁸ Versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam.

¹²⁹ Cfr. NIELSEN, L., y NESPOR, ST., *Genetic Test. Screening and use of Genetic Data by Public Authorities in Criminal Justice, Social Security and Alien and Foreigner*, 1993.

¹³⁰ Cfr. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional*, Universidad de León, León, 1996.

¹³¹ Cfr. LUJÁN, J. L., *Ingeniería genética, ideología y eugenesia*, 1991, pp. 146 y ss.

¹³² Debe tenerse presente en esta materia el poder que adquiere progresivamente una parte de la sociedad sobre otras partes, y por consiguiente los poderes públicos deben tener en cuenta esos efectos y consecuencias. Cfr. TUGENDHAT, E., *Justicia y Derechos Humanos*, 1992, pp. 24 y ss.



vada del trabajador. Ahora bien, ello no se plasma únicamente en el cumplimiento del elemento del consentimiento informado, ya que no parece suficiente por sí sólo para considerar la licitud de este tipo de pruebas. Sin olvidar además que el derecho a saber puede y debe suponer, en el presente contexto, un «derecho a no saber» a fin de que la persona mantenga su capacidad de elegir.

Por consiguiente, la garantía del derecho al respeto de la vida privada se realizará desde la doble perspectiva de atribuir al candidato el derecho a no declarar sobre su vida privada y la correlativa prohibición para el empresario de solicitar tal declaración de manera directa o indirecta, así como de realizar actos tendentes a obtener la referida información por otras vías. Dicha prohibición tiene carácter absoluto, por lo que cualquier actuación en este sentido debe de reputarse ilícita, por ser constitutiva —al menos, potencialmente— de un acto de discriminación. Por el contrario, el derecho a no declarar sobre dichas circunstancias no puede interpretarse en términos absolutos cuando la misma se configure como requisito o medio para la obtención o ejercicio de un derecho o beneficio para el trabajador, y siempre que esté conectado con la relación laboral que se pretende. Todo ello debería plasmarse de forma expresa en medidas legislativas o normativas concretas, y muy especialmente en una modificación del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de incluir una cláusula de prohibición al empresario de investigar sobre la vida privada y familiar del trabajador, así como sobre sus ideas, creencias o convicciones, y para un futuro inmediato la exclusión de los tests y pruebas médicas y genéticas, salvo aquéllas que tengan como finalidad la protección del entorno laboral. A este respecto, sólo entendemos factible que el empresario pueda obtener información sobre la salud de los trabajadores cuando tenga relación directa bien con la capacidad o aptitud del trabajador con relación a un trabajo específico, bien cuando afecte a la seguridad y salud de terceros (especialmente en el caso de los consumidores), o bien cuando sea a favor de la salud del propio trabajador, sin que en este último caso pueda deducirse elementos perjudiciales para aquél. Debiendo quedar absolutamente prohibida la recogida de información cuando la misma no sea pertinente en relación con la capacidad o aptitud del trabajador para realizar su trabajo o cuando se refiera a la confección de un mapa de salud futuro del trabajador ¹³³.

¹³³ Dicha interpretación, sin embargo, no supone una modificación de la regla general, que no es otra que el derecho a no tener que manifestar las propias creencias, convicciones, ideología o religión (art. 16.2 CE).