

INCIDENCIA DE LA GENÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES (1)

Luis Enrique DE LA VILLA GIL

*... E de que sirve o livro e a ciência
se a experiênciã da vida
é que faz compreender a ciência e o
livro?..*

José SOBRAL DE ALMADA NEGREIROS
(1893-1970)

A cena do ódio

SUMARIO: I. El respeto a los derechos humanos como frontera de la ciencia.—II. El genoma humano y las relaciones laborales.—A. La aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés público.—B. La aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés del empleador.—C. La aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés del propio trabajador.—III. Bibliografía consultada

I. EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS COMO FRONTERA DE LA CIENCIA (2)

EL avance científico y técnico de la genética por un lado —desde que el botánico agustino austríaco Gregor Mendel estableciera sus bases hacia 1860— y, por otro, de la informática —a partir de la puesta en funcionamiento de E.N.I.A.C. (3),

(1) Abreviaturas utilizadas: CE [Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (*BOE*. 29)]; ET [Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (*BOE*. 29), aprobatorio del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores]; LGSS [Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio (*BOE*. 29), aprobatorio del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]; LPRL [Ley 31/1995, de 8 de noviembre (*BOE*. 10), de Prevención de Riesgos Laborales].

(2) Se mantiene el estilo oral de la exposición, con adición de algunas notas a pie de página.

(3) Siglas inglesas de la *Calculadora e Integradora Numérica Electrónica*, considerada el primer «ordenador automático» de general alcance, utilizada básicamente por la armada estadounidense.

por J. P. Eckert y J. W. Mauchly, en 1945– ha producido una combinación de resultados espectaculares, en verdad mágicos para el hombre de la calle. Nadie puede defender seriamente la necesidad de poner barreras a los resultados sorprendentes que ofrece el genoma humano en su objetivo de descifrar la información genética en los cuarenta y seis cromosomas de las células de los hombres, aunque tampoco nadie esté en disposición de asegurar cuál será el resultado de esta evolución pasados cincuenta años, y menos que nadie un jurista ajeno a la investigación biológica en su más amplio sentido. El genoma, ha dicho la UNESCO, es patrimonio común de la humanidad, pero respecto de cada individuo supone una combinación específica e irrepetible de genes cuyas posibilidades no se quedan en el terreno de la *identidad* porque penetran en el ámbito de la *singularidad*. Sus posibilidades de todo orden se antojan, hoy por hoy, ilimitadas, aunque semejante pronóstico no desemboque necesariamente en la conclusión de que el hombre nace programado, opinión sin duda vinculada a la ideología y a las creencias religiosas de cada cual. Me permitiré recordar una opinión de un buen laboralista y amigo portugués, en sentido negativo ... «*o homem não está programado fatalmente pelo genoma. Nada está escrito*» (4).

Para el jurista, la preocupación es, sin embargo, más estricta, no otra que la de impedir que los avances científicos y experimentaciones acerca del genoma humano traigan consigo el olvido o la violación de los derechos humanos reconocidos al nivel normativo supremo, internacional y nacional, destinados a garantizar la libertad de la persona humana, el reconocimiento de su dignidad personal, su intimidad –corporal incluida–, la integridad física y moral, la igualdad y la no discriminación, el derecho a la promoción profesional, etc. De ese modo, el jurista se resistirá siempre a entender que la sociedad progresa si al mismo tiempo pasa por encima de estos derechos o los empuja hasta hacerlos irrecognoscibles. Algún pasaje nos pone los pelos de punta sobre lo que puede ocurrir en el próximo futuro si no se actúa con la suficiente prudencia.

Janet C. Hoefffel (5) describe un supuesto, perfectamente posible, si aceptamos imaginar.

... «*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”*».

(4) Cfr. XAVIER, B., «O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras», en *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, 2005, pp. 161 y ss., con amplia bibliografía portuguesa sobre el objeto de estudio.

(5) Cfr. «The dark side of ADN profiling: unreliable scientific evidence meets the criminal defendant», en Linda NIELSEN, *Pruebas genéticas y derecho a la intimidad*, cit, p. 67.

No menos inquietante es el funcionamiento del mercado de trabajo de una sociedad de «ciudadanos transparentes» aventurada por el catedrático de Derecho del Trabajo, y magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde (6), cuando pone delante de nuestros ojos...

... «una clasificación o estratificación de los trabajadores y demandantes de empleo en distintos grupos, en función de la fortuna que hayan tenido en la “lotería natural” del patrimonio biológico hereditario. En la parte alta de la tabla figurarían los privilegiados, que tienen pocos defectos o trastornos genéticos. En la parte baja de la tabla estará el grupo de los que presentan mayor propensión o susceptibilidad a enfermedades hereditarias. Esta estratificación en grupos en atención a la lejanía o proximidad del “riesgo genético” podría dar lugar, si no se pone remedio, a la preferencia sistemática en el empleo para los trabajadores de los grupos genéticamente aventajados, y a la consiguiente postergación también sistemática de los miembros de los grupos desfavorecidos» ... «Tales preferencias y postergación de trabajadores en función de su material genético se llevarían a la práctica con la frialdad aséptica de los “grandes números”»... «En fin, de generalizarse la práctica de pruebas genéticas de amplio espectro y la difusión de sus resultados, el resultado último sería una especie de “sistema de castas” en el mercado de trabajo, en el que los individuos estarían predestinados por su dotación genética»...

Dicho lo anterior hay que recordar que todos los derechos, cualesquiera sean, encuentran límites intrínsecos y extrínsecos, porque ninguno de ellos puede configurarse como un derecho absoluto e irrestricto. Sólo la consideración conjunta de todos los derechos hace posible su aplicación efectiva, porque cada derecho en singular limita y queda limitado simultáneamente por los demás, o por algún otro, tanto en el plano constitucional como en el plano de la legislación ordinaria (son terminantes al respecto, entre otras varias, las sentencias del Tribunal Constitucional español 11/1981, 91/1983, 137/1990, etc.). Si fijamos la atención en la CE, a los derechos individuales regulados por los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14, 15, 17.1, 18.1 y 4, 35.1, etc., se contraponen otros derechos de operatividad bien distinta, de los que habría que recordar ahora el derecho de los empresarios a organizar libremente su empresa para alcanzar la máxima productividad (art. 38) y el derecho de la sociedad toda a que se promueva la ciencia y la investigación científica y técnica (art. 44.2).

La cohonestación de los derechos individuales y sociales requiere el esfuerzo consciente y conjunto del legislador, de los poderes gubernamentales y de los jueces en su función de control y corrección de las infracciones jurídicas. Si hablamos, en particular, de la genética, los datos que pueden obtenerse del genoma de cada persona, y su aplicación a casos concretos, han de quedar sometidos a la ley y al derecho, amén de guiarse inexcusablemente por los parámetros de la *racionalidad* [nada debe aceptarse fuera de las reglas del buen sentido], de la *proporcionalidad* [nada debe justificarse si ocasiona un perjuicio mayor que el beneficio teórico que comporta] y de la *previsión* [nada debe excluirse de programación cierta en cuanto al tratamiento y almacenamiento de la información disponible].

(6) Cfr. *Prólogo* a la obra de Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, pp. 16-17.

Todo ello confluye en la generalizada afirmación de que la obtención de información genética debe sujetarse a los principios de voluntariedad y de confidencialidad, lo que de entrada proscribía la consecución de datos genéticos por vía coactiva y la utilización abierta de los mismos para los más diversos fines en los que resulte del interés común o de terceros. El Tribunal Constitucional lo ha dejado patente desde su sentencia 37/1989, en la que primero considera que la intimidad corporal es parte inescindible de la intimidad personal y luego asegura la inmunidad del cuerpo humano frente a toda indagación o pesquisa que sobre el mismo quiera imponerse contra la voluntad de la persona.

El hecho de que aquellos dos principios puedan admitir algunas excepciones no hace sino reforzar la regla general que se deja enunciada. Regla general que opera asimismo en todos los casos en los que entra en contradicción el interés público y el interés privado de la persona y que trata de doblegar la voluntad individual, así en los supuestos de las transfusiones de sangre a quienes su religión no se lo tolera, pruebas de alcoholemia, toma de huellas dactilares, registros corporales, alimentación asistida, etc., en los que sólo la determinación legal expresa o la resolución judicial *ad hoc* pueden ordenar actos no queridos por la persona afectada. Cuando estas intervenciones públicas se refieren a los datos genéticos la situación se resuelve siempre a favor de la voluntad de la persona, abandonando la solución coercitiva, tal y como ocurre con la prueba de la paternidad, bien que entonces el derecho acuda a las deducciones de tipo presuntivo sobre reconocimiento de los hechos, lo que ha sido objeto de crítica doctrinal, pues dichas consecuencias no son coherentes con la afirmación de que a persona alguna puede imponérsele... «la obligación jurídica de que sea realizado su mapa o su cartografía genética, ni que se obtenga de ella más información que la que la propia persona quiera suministrar» (7).

La sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 concede amparo constitucional a la madre de la menor, ante la negativa del presunto padre de someterse a la prueba biológica de paternidad ordenada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial. El demandado se opuso a la prueba biológica, alegando dos razones. Primera por no existir hecho sobre el que pudiera sustentarse la atribución de paternidad. Segunda, basada en los derechos constitucionales recogidos en los artículos 15 y 18.1 CE, en cuanto que la prueba atacaba frontalmente la integridad física y moral y la intimidad personal. La Audiencia Provincial consideró que la negativa, en unión de las pruebas obrantes en los autos, permitían alcanzar la convicción de que el demandado era el padre de la menor. Pero la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo adoptó una interpretación contraria, puesto que en ausencia de la prueba biológica de la paternidad ésta no había quedado probada, sin que la falta de colaboración del demandado pueda traducirse en una *facta confessio*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional razona que los argumentos del presunto padre no son válidos, porque... «el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimi-

(7) Cfr. Luis Díez-Picazo Ponce de León, «El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. II, pp. 107-108.

dad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Recordando anteriores resoluciones constitucionales (autos 103 y 221/1990) alude el Alto Tribunal a una particular colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas, debiendo prevalecer en los supuestos de filiación... «el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares». Profundizando algo más en tan delicado asunto, manifiesta la sentencia de amparo que la resolución judicial que en el curso de un proceso de filiación ordena un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a la intimidad y a la integridad cuando reúne los requisitos delineados por la jurisprudencia al interpretar los artículos 15 y 18.1 CE. Primero porque... «no es degradante ni contrario a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas»...

En todo caso, la legislación sobre la obtención y utilización de la información genética es muy precaria, incluso a nivel internacional; como curiosidad ni siquiera la parte dogmática de la nueva *Constitución Europea* (8) –que, por cierto, transcribe literalmente el contenido de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (9)– regula frontalmente cuestión tan central en la sociedad contemporánea, aunque dentro del derecho a la integridad de la persona, tras reconocer que... «toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica» (10), añade que en el marco de la medicina y la biología se respetarán, en particular... «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley» (11), «la prohibición de las prácticas eugenésicas y, en particular, de las que tienen por finalidad la selección de las personas» (12), la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro» (13) y «la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos» (14).

(8) Cfr. el número monográfico (coord. Luis Enrique de la Villa Gil) de la *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*, 2005, n. 57, 587 pp.

(9) Cfr. Luis Enrique DE LA VILLA GIL, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*, 2001, n. 32, pp. 13 y ss.; en el mismo número, Paula DE LA VILLA DE LA SERNA, «Las tres “Cartas” Europeas de Derechos Sociales», en la misma *Revista*, pp. 273 y ss.

(10) Cfr. artículo 3.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); reproducido en el artículo II-63.1 del Proyecto de Constitución Europea (PCE).

(11) Cfr. artículo 3.2, inciso 1.º CDFUE, reproducido en el artículo II-63.1, a) PCE.

(12) Cfr. artículo 3.2, inciso 2.º CDFUE, reproducido en el artículo II-63.1, b) PCE.

(13) Cfr. artículo 3.2, inciso 3.º CDFUE, reproducido en el artículo II-63.1, c) PCE.

(14) Cfr. artículo 3.2, inciso 4.º CDFUE, reproducido en el artículo II-63.1, d) PCE.

Adquiere así una singular importancia la *Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina*, del Consejo de Europa, firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997. Se establecen en ella principios sugestivos, cuales la prevalencia del interés y el bienestar del ser humano sobre el interés de la sociedad y de la ciencia (art. 2), la necesidad del consentimiento de la persona para el acceso a sus datos (arts. 5 y 10), la garantía de manifestar la voluntad personal de modo claro y libre (arts. 5, 10 y 16), la prohibición de toda forma de discriminación de la persona a causa de su patrimonio genético (art. 11) o la limitación de los análisis predictivos de enfermedades genéticas a los supuestos de investigación médica (15).

Existen, por otra parte, en el derecho comparado, importantes preceptos que no pueden pasar inadvertidos, tal el artículo 24 *novies* de la Constitución Federal Suiza, según la reforma aprobada en referéndum nacional en 1992, a cuyo tenor el material genético de una persona no puede ser analizado, registrado o difundido sin su consentimiento personal previo o una autorización legal. En particular deberán evitar las legislaciones que las pruebas genéticas codifiquen más información de la necesaria para el fin que las justifica, porque uno de los mayores riesgos anejos a aquéllas se sitúa precisamente en ese exceso, eventualmente susceptible de utilización indiferenciada y sin control ulterior.

Todo ello ha de conducir, en la expresión plástica de D. Gracia, al sometimiento de la ética de mínimos que preside la moral civil a la ética de máximos que preside la moral individual (16).

II. EL GENOMA HUMANO Y LAS RELACIONES LABORALES

A diferencia de la repercusión directa que la información sobre el genoma humano adquiere en otras disciplinas jurídicas, en el Derecho del Trabajo ha sido menos relevante hasta ahora, aunque desde luego pueden encontrarse aplicaciones en el momento de contratar laboralmente a una persona y también después a lo largo de su carrera profesional. Sólo como ejemplo de la posibilidad de «rebuscar» en el ordenamiento positivo, podría referirme al denominado «período de prueba», o contratación laboral celebrada a prueba, *ex* artículo 14, párrafo 3.º ET, allí donde establece que tanto el empleador como el trabajador están respectivamente obligados a realizar «*las experiencias que constituyan el objeto de la prueba*», lo que fue tomado en cuenta como soporte de la realización de «precisiones de orden genético» o para deducir de la competencia de los órganos de representación legal a vigilar las condiciones de seguridad e higiene en el centro de trabajo, *ex* artículo 64.1, 8.º y 9.º, *b*) ET, su derecho a informarse de los antecedentes genéticos que obran en poder de la empresa (17), aunque tal sea llevar las cosas excesivamente lejos, fundamentalmente por presuponer que el empleador debe contar habitual-

(15) Detalles en Juan RIVERO LAMAS, *Protección de la salud y Estado Social de Derecho*, Zaragoza (Real Academia de Medicina), 2000, p. 63.

(16) Cfr. sus *Fundamentos de Bioética*, Madrid (Endema), 1989, p. 575.

(17) Cfr. Manuel María ZORRILLA, *Contribución de la Genética a los problemas del Derecho del Empleo. El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*. Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, pp. 308 y 314.

mente con tales datos. Es innegable, sin embargo, que el conocimiento del genoma humano puede ofrecer información de relevancia en términos cualitativos para el nacimiento, el contenido fundamental y la propia vigencia de la relación laboral, si sirviera eventualmente para acelerar su extinción (18).

En realidad, la más visible e inmediata vinculación entre el genoma humano y las relaciones laborales se encuentra en la respuesta que pueda darse a una triple pregunta de sencilla formulación, pero de dificultad engañosa, ¿puede el trabajador ser obligado por los poderes públicos a someterse a pruebas genéticas a favor del interés general?; y ¿por el empleador a favor de su particular interés?, y ¿puede el mismo trabajador utilizar libremente sus datos genéticos a favor de su propio interés?

A. La aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés público

Las excepciones más claras a los principios de voluntariedad y confidencialidad se plantean allí cuando la justificación de las mismas se vincula al interés público o social. En la CE se encuentran enseguida ejemplos ilustrativos, básicamente relacionados con los cuidados de la salud de los ciudadanos y con la seguridad e higiene de los trabajadores en sus puestos de trabajo.

En el primer alcance, una vez que el artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud (19), el artículo 43.2 CE atribuye de inmediato a los poderes públicos la función de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, remitiendo a la ley ordinaria para el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto. En el segundo alcance, el artículo 40.2 CE atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Pero sin desmerecer en lo más mínimo la relevancia de estas declaraciones normativas, su propia generalidad es un argumento decisivo para aportar cuantas reservas sean necesarias a efectos de impedir su conversión en fuente directa del poder de los órganos del Estado para ejercitar abiertamente facultades de «lectura» de la información genética de los ciudadanos.

En la legislación ordinaria son numerosos los ejemplos que imponen conductas obligatorias al empleador relacionadas con la salud y seguridad de sus trabajadores. El caso más importante y amplio se refiere a la obligación que tiene todo empleador de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo (art. 22.1, p.º 1.º LPRL). Pero esa vigilancia, matiza el artículo 22.1, p.º 2.º, sólo puede llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, salvo que, previo informe de los representantes de los trabajadores, la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los

(18) Cfr. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», en AA.VV. *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, p. 287.

(19) Cfr. Luis Enrique DE LA VILLA GIL, «El derecho constitucional a la salud», en el *Libro Homenaje al profesor Rodríguez-Piñero con motivo de su jubilación*, Madrid (La Ley), 2006.

trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso, añade el artículo 22.1, p.º 3.º LPRL, el empleador está obligado a realizar los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo. En todo caso, preceptúa el artículo 22.2 LPRL, las medidas de vigilancia y control de la salud se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador, con confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud. Datos que, comunicados a los trabajadores afectados (art. 22.3 LPRL), no pueden ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, limitándose el acceso a la información médica de carácter personal a los médicos y autoridades sanitarias –a los que se exige competencia técnica, formación y capacidad acreditada, *ex art. 22.6 LPRL*– que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador (art. 22.4, p.ºs 1.º y 2.º). Una excepción se prevé seguidamente para que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención sean informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones preventivas (art. 22.4, p.º 3). Incluso en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral (art. 22.5 LPRL) (20).

Obligaciones específicas se acumulan a las anteriores en el caso de aquellos empleadores que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, obligados por la ley a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan (art. 196.1 LGSS). A cargo de la empresa y de carácter obligatorio para los trabajadores, que además tienen derecho a percibir los gastos de desplazamiento y el salario que por tal causa pudieran dejar de percibir (art. 196.2 LGSS). Estos empleadores no pueden contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos (art. 196.3 LGSS). El incumplimiento empresarial de estas obligaciones generará la responsabilidad directa en materia de todas las pres-

(20) Hay que remitir, para un tratamiento en profundidad del control de la salud de los trabajadores, a la obra de Sonia Isabel PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Madrid (Consejo Económico y Social), 2005; con carácter resumido son del mayor interés las consideraciones de Gregorio TUDELA CAMBRONERO y Yolanda VALDEOLIVAS LÓPEZ, *La Ley de Prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Madrid (Colex), 2003, pp. 221 y ss.

taciones que puedan derivarse de la enfermedad profesional (art. 197.2), responsabilidades que se contagian a las mutuas que no comprueben en su momento la existencia de certificados de reconocimiento médico (art. 197.1 y 3 LGSS) (21).

A mi modo de ver, el contenido de los preceptos legales mencionados, y las pruebas médicas convencionales de tipo tradicional, agotan las facultades que de aquéllos se desprenden, sin que tampoco constituyan fuente directa de la investigación genética, con la única excepción de que, a la vista de las circunstancias que puedan concurrir en un supuesto particular, sean autorizadas por el juez de lo social competente. La sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de noviembre de 2004 ha venido a poner freno a los excesos habituales en el marco de algunas grandes empresas, cuando ha resuelto que ciertas pruebas médicas en principio lícitas, para determinar el estado de salud de la trabajadora que fue sometida a ellas, devinieron pruebas manifiestamente excesivas y, por tanto, lesivas para su derecho fundamental a la intimidad, en cuanto que si bien la trabajadora no había puesto ninguna objeción a someterse a un reconocimiento médico rutinario, respecto de los riesgos propios del puesto de trabajo, facilitando con ese destino una prueba de su orina, la investigación acerca del consumo de estupefacientes hubiera requerido de modo inexcusable el consentimiento personal de la interesada, antecedido por una información suficiente de lo que habría de buscarse. Dígase, para completar la anécdota, que en base al dato positivo del consumo de cannabis, la empresa procedió a extinguir el contrato de trabajo de la actora, quien reclamó por despido nulo ante el Juzgado de lo Social de la localidad, que accedió a su solicitud entendiendo cometida una infracción de los derechos constitucionales. La Sala *ad quem* varió el fallo de la resolución, calificando el despido como simplemente improcedente, por infracción legal localizada en el marco de la contratación indebida por tiempo determinado, pero recurrida la sentencia en amparo constitucional, el Alto Tribunal lo otorga y califica el despido como un acto empresarial nulo –con obligación de readmisión *in natura*– considerando que la violación normativa en que incurrió la empresa lo era de constitucionalidad y no de simple legalidad ordinaria.

B. La aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés del empleador

El ordenamiento laboral vigente pone en manos del empleador el derecho –no la obligación, obviamente– de realizar determinados controles sobre la persona del trabajador. Así, con carácter general, el artículo 20.4, p.º 1.º ET faculta a aquél para verificar el estado de enfermedad o de accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, utilizando para ello reconocimientos a cargo de personal médico. Añade el artículo 20.4, p.º 2.º ET que la negativa del trabajador a

(21) Cfr. para un tratamiento en profundidad de la materia, la obra de Susana MORENO CÁLIZ, *Enfermedades profesionales: un estudio de su prevención*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo), 2002; con carácter resumido los sustanciosos comentarios de Borja SUÁREZ CORUJO, en Luis Enrique DE LA VILLA GIL, *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Madrid (Colex), 2004, pp. 778 y ss.

dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones. Pero también en este caso nos movemos en un terreno que viene consiguiendo resultados convenientes desde años atrás sin echar en falta el auxilio de técnicas o prácticas médicas de mayor complejidad; e incluso cabría entender, sin mayor empacho, que la utilización de la investigación genética para comprobar el estado patológico del trabajador significaría una manifiesta desproporción entre los fines (legítimos) perseguidos y los medios (ilegítimos) empleados, lo que obliga a descartarlos indubitada y absolutamente.

A su vez, el artículo 19.1 ET, concordante con el artículo 14.1, párrafo primero, LPRL, concede al trabajador el derecho a *una protección eficaz* en materia de seguridad e higiene, lo que significa –habida cuenta la naturaleza bilateral y sinalagmática del contrato de trabajo– que el empleador tiene el correlativo deber de proteger al trabajador frente a los riesgos laborales, como por lo demás detalla el artículo 14.1, párrafo 2.º LPRL. Al empleador incumbe, por tanto, *ex artículo 14.2 LPRL*, realizar la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. En realidad, sobre el empleador pesa un *deber general de prevención* (art. 15.1 LPRL) que corre el camino de objetivar hasta tal punto la responsabilidad empresarial frente a los riesgos profesionales que a la postre aquélla se vincule a la existencia efectiva del accidente o de la enfermedad profesional al margen de cual haya sido el grado de cumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas específicas, hasta llegar al extremo de desvirtuar todas ellas a la vista de que no fueron suficientes y eficaces para evitarlos. Es cierto que la doctrina ha manifestado su desacuerdo con un diseño ilimitado del deber de prevención empresarial (22), pero estando las cosas sujetas a la azarosa aplicación judicial no está fuera de lugar preguntarse si entraría dentro del área de las facultades empresariales, a la vista de la gravedad de sus responsabilidades, procurar leer el mapa del genoma humano, o *libro de la vida* de sus trabajadores, sometiendo a pruebas de esta naturaleza con la finalidad de detectar temporáneamente la predisposición de aquéllos a los riesgos profesionales, y adoptar así las respuestas adecuadas, que en casos excepcionales pueden traducirse en la no contratación y las más de las veces en la extinción contractual, ante las dificultades ordinarias de recolocar al trabajador en puestos sometidos a riesgos improbables dentro de la estructura empresarial.

El articulado de la prolija LPRL no resuelve este interrogante, aunque dispone de preceptos que propician la interpretación ambigua, como los que ordenan la necesidad de tener en cuenta... «*la evolución de la técnica*»... [art. 15.1.e) LPRL]; a tomar en consideración ... «*las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas*» ... (art. 15.2 LPRL); o a realizar una evaluación general de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores ante... «*la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos*»... [art. 16.2.a), párrafo primero, LPRL]. De modo que si los resultados de la evaluación prevista..

(22) Cfr., por todos, Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, «El deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2004, núm. 8, <http://www.iustel.com>.

«pusiera de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos»... [art. 16.2.b) LPRL] y si aparecen indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes... «el empresario llevará a cabo una investigación al respecto a fin de detectar las causas de estos hechos»... (art. 16.3 LPRL).

De la generalidad de estos preceptos no puede desprenderse tampoco el otorgamiento al empleador de una carta en blanco para acometer cuantas investigaciones se le ocurran, tanto si son del tipo convencional como si son del tipo genético. Pero particularmente con relación a estas últimas las restricciones han de ser drásticas, pues los resultados obtenidos no se enderezan sólo potencialmente a prevenir el riesgo profesional de que se trate sino que suministran una rica información de utilización incierta, a partir de la conclusión firme de no conocerse por los investigadores la persona –y, por tanto, el trabajador– «*zero défaut*», es decir, biológicamente perfecto, exento de cualquier tipo de limitaciones o de taras, lo que le podría privar de expectativas de actuación profesional, mediata o inmediatamente. De ese modo, en palabras de la doctrina –J. Ray, J. R. Lacadena, H. Seillan, G. Wiese, J. V. Neel, etc.– «*el derecho no sólo permitiría sancionar la realidad biológica de la enfermedad (aplicando así la teoría del darwinismo social, según la cual la norma social debe prolongar la selección natural y, por lo tanto, no amparar al débil) sino que incluso la ampliaría al anticipar los efectos jurídicos de la futura enfermedad, en solución tanto más grave cuanto que, con frecuencia, la traslación de conceptos médicos a conceptos jurídicos dista de ser lo correcta que sería de desear*» (23).

En el plano de *lege ferenda*, y a falta de regulación legal concreta, todo gira en torno a decidir si el interés privativo del empleador puede justificar el sometimiento de sus trabajadores a pruebas de las que derive información genética conveniente para sus fines o propósitos. Una orientación abiertamente negativa facilita la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida y desde luego es ésta la opinión casi unánime de la doctrina. Alguna opinión en particular, sobre la legislación alemana, resulta muy expresiva y razonable... «el necesario equilibrio de intereses no justifica la obligación de someterse a un análisis médico y menos a un análisis genético. Sin embargo, ello no impide que el empleador condicione la firma del contrato a la realización de un chequeo médico previo dirigido a averiguar el estado general de salud del trabajador y su idoneidad para el puesto de trabajo ofrecido. De la misma manera, el empleador puede acceder a firmar el contrato laboral a condición de que el chequeo médico acredite la idoneidad del estado de salud del trabajador. En caso de que el demandante de empleo se niegue a someterse a la realización del chequeo, debe estar preparado para afrontar el posible fracaso de las negociaciones laborales. Si accede a someterse al primer examen médico requerido, ello no significa que automáticamente haya otorgado su consentimiento a la realización de un análisis genético mediante el cual se pretenda descubrir su predisposición genética en lugar de su estado de salud en ese momento» (24). En la República Federal Ale-

(23) *Apud.* Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, p. 139.

(24) Cfr. Günther WIESE, «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, pp. 265 y 266.

mana, el Tribunal Federal de Trabajo se ha aproximado a los criterios que informan el derecho del empleador a formular preguntas, por el peligro claro que exista para sus intereses legítimos (25).

Por otro lado, la particular posición subordinada del trabajador en el contrato de trabajo –origen y fundamento de la particular protección que le presta el ordenamiento laboral– le reconoce el derecho a no saber –*Recht auf Nichtwissen* en la terminología de la doctrina que lo ha acuñado diferenciadamente– e incluso el derecho a mentir sobre su predisposición genética, opciones que no se extienden a las respuestas a preguntas simplemente referidas a su estado actual de salud, en la medida en que la pregunta tenga directa relación con el trabajo a desempeñar en la empresa. De otro lado, la moderna concepción del riesgo de empresa es favorable a entender que el empleador ha de asumir la incertidumbre sobre la evolución de la salud de sus trabajadores, presentes o futuros. En este sentido se ha dicho que el empleador siempre debe contar con la posible pérdida de un determinado volumen de trabajo por motivos de enfermedad de los trabajadores que pueden atribuirse tanto a influencias ambientales como a predisposiciones genéticas, por lo que no debe trasladar dicho riesgo al demandante de empleo en forma unilateral y preventiva (26).

Supuesto distinto es el de solicitar y conseguir del trabajador permiso para someterse a este tipo de pruebas, explicada que sea la finalidad y la ventaja de las mismas. Es lo que se denomina el «consentimiento informado» que, en general, ha cosechado críticas adversas por entender que esa vía no concede protección suficiente a los trabajadores visto que su libertad de elección es casi siempre ficticia, según explican Dominique Sprumont y Olivier Guillod (27), haciendo suyas las conclusiones de la *Foederatio Medicorum Helveticorum*. Y otro problema, todavía ¿acaso el trabajador que acepta someterse a las pruebas genéticas decide *ipso facto* asumir cualquier tipo de consecuencias derivadas de un resultado cierto?, lo que merece respuesta general negativa en evitación de excesos empresariales probables, aunque existe alguna opinión doctrinal en sentido contrario (28). Todo ello salvando, en su caso, lógicamente, la confidencialidad de los datos, el uso económico de los mismos a cargo de personal especializado, el archivo seguro e

(25) La sentencia del *Bundesarbeitsgericht* de 7 de junio de 1984 formula preguntas como ¿existe una enfermedad o deficiencia del estado de salud en cuya virtud, de forma permanente o a intervalos periódicos, quede limitada la aptitud del trabajador para realizar un determinado trabajo?, ¿existen enfermedades infecciosas que no afecten a la aptitud para realizar el trabajo, pero que pongan en peligro al resto de los trabajadores o a los clientes? ¿Sabe el trabajador ya en el momento de iniciar la relación laboral, o con respecto al futuro próximo, que se verá afectado por una incapacidad laboral debida, por ejemplo, a una operación quirúrgica prevista, a una cura de salud concedida o a una enfermedad con brotes agudos momentáneos?

(26) Cfr. Günther WIESE, *ob. cit.*, p. 268.

(27) Cfr. su escrito «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, p. 346.

(28) Cfr. V. MELE, G. GIRLANDO y E. SGRECCIA, *La diagnosi genetica sui lavorati; recenti acquisizioni scientifiche, problematiche, etiche et etico-giuridiche*, apud. Giuseppe CATALANO, «Análisis genético de los trabajadores italianos; un enfoque jurídico», *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, p. 336.

inmune por el tiempo indispensable, siempre bajo la protección que la ley dispensa a los datos personales.

Una última cuestión de largo alcance se inicia cuando obtenida la información genética se trata de utilizarla, en beneficio del empleador, excluyendo a determinados trabajadores del proceso productivo. Las llamadas de atención de la doctrina a este respecto son constantes, considerando que antes de legitimar estas decisiones habría de acreditarse que no pueden aplicarse otros procedimientos menos severos, relativos a la reorganización de las actividades o al desplazamiento o traslado del trabajador (29); o, dicho de otro modo, lo que debería ponerse en práctica es la modificación de las condiciones de trabajo y no la selección de los trabajadores (30), porque la conversión del centro de trabajo en un lugar seguro y la investigación de la mejor forma de lograrlo nunca deben implicar la discriminación de los trabajadores más débiles y más predisuestos a padecer determinadas enfermedades profesionales (31).

En todo caso, practicada la prueba genética por autorización de la ley o por autorización del trabajador, es claro de que el empleador no puede pretender que se le dé conocimiento de los resultados, sino únicamente de la adecuación del trabajador para llevar a cabo una actividad determinada o desempeñar un puesto de trabajo concreto.

C. la aplicación del genoma humano en las relaciones laborales por interés del propio trabajador

Me moveré finalmente, para terminar estas palabras destinadas a suscitar el interés del auditorio, en un campo muy distinto de los dos anteriores, puesto que en este caso sería el trabajador el que, a favor de su interés personal, decidiera someterse a pruebas genéticas para facilitar alguna información de su conveniencia al empleador en el proceso de selección o a lo largo del desenvolvimiento de la relación laboral; a la hipótesis enunciada se equipararía la aceptación de cualquier propuesta del empleador, establecida ya la relación laboral, para facilitar la misma información genética.

No es difícil imaginar la utilidad de estas actuaciones, piénsese por ejemplo en aquel trabajador capaz de acreditar una idoneidad plena para el desempeño de ciertas ocupaciones, tanto *ab initio* o en el momento de promocionarse en el seno de la empresa; piénsese también en la trabajadora dispuesta a acreditar su esterilidad (32) para favorecer su empleo y desechar de plano el temor empre-

(29) Guillermo FREIRE FALÇAO DE OLIVEIRA, «Conocimiento genético y Derecho del Trabajo», *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, p. 344.

(30) Cfr. Ursula AMMON, «Pruebas genéticas en el mundo laboral. Contribución al debate sobre la necesidad de regulación en la República Federal de Alemania», *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya), 1994, t. IV, p. 327.

(31) Giuseppe CATALANO, «Análisis genético de los trabajadores italianos; un enfoque jurídico», *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, cit., p. 334.

(32) Cfr. Tomás SALA, «El Proyecto de Genoma y las relaciones laborales», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995, núm. 2, p. 149.

sarial a los inconvenientes materiales anejos a los descansos y ausencias del centro de trabajo.

Ni qué decir tiene que todas estas prácticas han de recibirse con el máximo recelo. Pero los límites, en este caso, no vienen dictados sólo por esa eventual competencia desleal a otros trabajadores competidores en el mercado de trabajo, convirtiéndose en un factor de discriminación, sino también por la preservación de los derechos fundamentales que merecen las personas de la familia del trabajador, una vez que la información genética obtenida de una persona penetra desde luego en el área de intimidad de sus parientes.

III. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV.: (Dir. Luis Enrique de la Villa Gil) *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Doctrina*, Colex, Madrid, 2004, pp. 778 y ss.
- AMMON, U.: «Pruebas genéticas en el mundo laboral. Contribución al debate sobre la necesidad de regulación en la República Federal de Alemania», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 321 y ss.
- CATALANO, G.: «Análisis genético de los trabajadores italianos; un enfoque jurídico», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, pp. 329 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. II, pp. 103 y ss.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo* (Prólogo Antonio Martín Valverde), Civitas, Madrid, 1999; obra que facilita amplísima bibliografía en pp. 205-249.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.
- FREIRE FALÇAO DE OLIVEIRA, G.: «Conocimiento genético y Derecho del Trabajo», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 341 y ss.
- GRACIA, D.: *Fundamentos de Bioética*, Endema, Madrid, 1989.
- LYON CAEN, G.: «Génétiq ue et Droit du Travail», *Revue Internationale de Droit Economique*, 1993, núm. 1.
- NIELSEN, L.: «Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, núm. 4, pp. 65 y ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8, 2004, iustel.com.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 285 y ss.
- RIVERO LAMAS, J.: *Protección de la salud y Estado Social de Derecho*, Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000, pp. 60-64.

- SALA FRANCO, T.: «El Proyecto de Genoma y las relaciones laborales», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995, núm. 2, pp. 147 y ss.
- SPRUMONT, D., y GUILLOD, O.: «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 345 y ss.
- TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (Prólogo Luis Enrique de la Villa Gil), Colex, Madrid, 2002, 1077 pp.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: «El Derecho ante el genoma humano», *Revista de Actualidad Administrativa*, 1993, t. II.
- WIESE, G.: «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 261 y ss.
- XAVIER, B.: «O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras», en *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, 2005.
- ZORRILLA RUIZ, M. M.: «Contribución de la genética a los problemas del derecho del empleo», en AA.VV., *El Derecho y el Proyecto de Genoma Humano*, Fundación BBV, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Vizcaya, Madrid, 1994, t. IV, pp. 299 y ss.

