

FRANCISCO A. FERNÁNDEZ JIMÉNEZ

*Médico de Sanidad Marítima
Instituto Social de la Marina
Sevilla*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLÓ, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don Salvador DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Extracto:

Los requisitos psico-físicos para acceder a un puesto de trabajo, cuando son obligatorios, pueden ocasionar una problemática que no se agota en lo hasta ahora tratado desde los diversos campos del derecho (normativa, jurisprudencia, doctrina) ni en la cada vez más abundante reflexión sobre la vigilancia sanitaria fruto de la política de prevención de riesgos laborales. En este trabajo se hace un rápido repaso por dicha problemática (que desborda lo estrictamente laboral para entrar de lleno en los derechos fundamentales), enumera someramente las normas que establecen la obligatoriedad de someterse a técnicas de indagación de la aptitud psico-física, presenta algunas reflexiones *de lege ferenda* sobre una necesaria reforma legislativa en este ámbito y, por último, hace un elenco de los principales instrumentos de Derecho Internacional Público y Códigos Deontológicos aplicables.

Sumario:

1. Introducción.
2. Aptitud psico-física para acceder a un empleo y derechos fundamentales.
3. Origen normativo de la obligatoriedad de dichas técnicas.
4. Test psicotécnicos.
5. Propuestas de reforma (*de lege ferenda*).

Anexo I: panorama normativo español.

Anexo II: legislación internacional.

Anexo III: códigos de ética profesional.

NOTA: Este escrito no expresa necesariamente los puntos de vista de mi institución empleadora. Para cualquier comentario, mi e-mail es: sanredan@eresmas.com

1. INTRODUCCIÓN

Una de las imágenes más impactantes para el turista que visita Nueva York es la del museo instalado en la Isla de Ellis, en la bahía, no lejos del otro destino «*estrella*» turístico: la Estatua de la Libertad.

Por las instalaciones que se encuentran en esa isla pasaron de forma obligatoria miles de inmigrantes que –atraídos por el «*sueño americano*»– vinieron a los Estados Unidos de América a intentar fortuna.

Un requisito imprescindible para entrar en territorio estadounidense era, en dicha época, pasar un reconocimiento médico, que era practicado *in situ* por médicos del Servicio de Inmigración.

Apostado en la parte superior de la escalinata de acceso, uno de esos médicos realizaba una primera inspección visual para posteriormente ir marcando con tiza en la espalda del inmigrante un código de letras etiquetando las presuntas dolencias que aquejaban al mismo.

Fruto de una ideología salubrista, basada en la creencia de la validez universal de las herramientas médicas y psicológicas para evaluar el perfil del «*candidato ideal*», dichos reconocimientos tuvieron su auge en la época de las grandes guerras mundiales como forma de reconocer las limitaciones para el servicio de armas de los reclutas y, como hemos visto, como forma de controlar las entradas de inmigración.

Aún hoy día en el Mercado de Trabajo de las sociedades desarrolladas siguen dándose situaciones, a veces amparadas en las leyes o a veces incluso al margen de ellas, en que los candidatos a un puesto de trabajo se ven obligados a someterse a técnicas y pruebas en las que la salud es el criterio definitorio para la admisión a un empleo determinado.

Es ese momento del ingreso a un puesto de trabajo –en una sociedad con problemas de desempleo– un momento especialmente vulnerable para el candidato dada su desprotección jurídica y debilidad al no existir todavía la relación contractual y carecer, por lo tanto, de todo el entramado de derechos y deberes derivados de la misma.

Por último, la trascendencia que están adquiriendo los llamados «*Derechos de Tercera Generación*» ve su expresión concreta en: (a) el derecho del discapacitado a no verse discriminado injustificadamente en su acceso a un empleo remunerado, (b) en el derecho de toda persona sometida a esta obligación a ver reconocidos sus derechos ligados con la intimidad y la privacidad (sobre todo tras la masiva introducción de la Informática) (c) en el derecho a una intimidad reforzada en el caso concreto de las técnicas que intentan indagar en el patrimonio genético de la persona.

Definiciones.

Para la Real Academia Española (1992), la voz «*Aptitud*» es «*Capacidad o disposición al buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte, etc.*». Otra acepción del vocablo ¹ es también: «*Suficiencia e idoneidad para obtener y ejercer algún empleo o cargo*» ².

Historia.

De una forma u otra, se han impuesto condicionamientos de índole psico-física para ingresar en determinados empleos, cargos, etc. La Biblia nos muestra al respecto cómo para ejercer las funciones de sacerdote había todo un listado de defectos corporales que incapacitaban para el ejercicio del ministerio sagrado:

«Yavé dijo a Moisés: ninguno de tus descendientes de cualquier generación que sea, que tenga un defecto corporal, se acercará a ofrecer el alimento a tu dios. No, no se acercará ningún defectuoso, sea ciego o cojo, tuerto o deforme, lisiado de pies o manos, jorobado o enano, bisojo o sarnoso, tiñoso o herniado» (Lev. 21,16-24) (véase también núm. 5, 1-4).

El mundo del Derecho, en la Antigüedad clásica, no dejó de interesarse por la condición física del ser humano siendo numerosas las menciones en las diversas codificaciones a las incapacidades para celebrar contratos de mudos, sordos, ciegos, etc. ³.

Las antiguas reglamentaciones de las Cofradías de Oficios y Gremios solían incluir alguna disposición sobre condiciones físicas limitantes para el ejercicio de la profesión en cuestión ⁴.

¹ En otras lenguas occidentales dicho término se construye de las siguientes maneras: *aptitude pre-empauche* (francés), *fitness for work* (inglés), *arbeitsfähigkeit* (alemán), *idoneità pre-assuntiva* (italiano).

² Esta definición no ha cambiado prácticamente desde *el Diccionario de Autoridades* de 1770. Son sinónimos: idoneidad, suficiencia, capacidad, competencia, habilidad.

³ JUSTINIANO: «Mutum neque stipulari, neque promittere posse palam est. Quod in surdo promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, nos de eos nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit» (Institutiones III, XIX, 7) «furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quae agit» (Institutiones III, XIX, epígrafe 8).

⁴ Las Ordenanzas de la Cofradía de Mareantes de Santa María de Deba (1448) dan instrucciones muy precisas sobre las cualidades físicas para el oficio de la mar [TENA GARCÍA, M.S.: «Cofradías de Pescadores y Concejos en la Marina de Castilla: el caso de la villa de Deba a mediados del siglo XV». En: CASTILLO, S. (coord.): *El trabajo a través de la Historia*. UGT –Centro de Estudios Históricos– Asociación de Historia Social. Madrid 1995, págs. 143-147].

El mismo Derecho Canónico de la Iglesia Católica establece limitaciones de índole sanitaria para el acceso a las órdenes sagradas. El canon 1.041 del Código de Derecho Canónico (1983) enumera como primer impedimento para los candidatos al sacerdocio ⁵ el padecimiento de «*alguna forma de amencia u otra enfermedad psíquica por la cual, según el parecer de los peritos, quede incapacitado para desempeñar rectamente el ministerio*».

Ya desde antiguo, los movimientos salubristas han propugnado la adopción de medidas coercitivas sobre la salud de la población y de los individuos. Medidas como el internamiento de alienados, las cuarentenas, las vacunaciones obligatorias o los controles de salud en su conjunto fueron propuestos y en muchos casos instaurados en aras de un bien mayor como es el de la Salud Pública (con la consigna «*Salus Publica suprema lex*» como justificación).

Esta ideología, omnipresente entre los máximos propulsores de las reformas sanitarias desde la Ilustración, se propuso introducir técnicas indagatorias coercitivas en la salud y comportamiento de los individuos con la intención de proteger a la población general. En el caso que nos ocupa, las técnicas de determinación de la aptitud para un trabajo o tarea determinada nacieron con la «*revolución industrial*» y ya hay estudios históricos suficientes para afirmar ⁶ que los reconocimientos médicos de aptitud para el trabajo fueron la herramienta principal en la etapa naciente de lo que hoy denominamos Medicina del Trabajo.

A ello coadyuvó la utilidad percibida de los exámenes médicos para incorporación a filas de los reclutas durante las sucesivas confrontaciones mundiales así como el interés mostrado en dichas técnicas por el empresariado. El rechazo a estas técnicas –además de venir del campo sindical– también vino del ámbito de la práctica privada de la medicina, que veía cómo, a través de dichos reconocimientos en muchas empresas se iban incluyendo beneficios sociales como el de asistencia sanitaria completa (a principios de siglo XX, la Asociación Médica Americana llegó a acusar a los médicos industriales de deslealtad hacia sus compañeros de práctica liberal ⁷).

En el campo del derecho internacional, las primeras menciones a la aptitud para el trabajo se refieren a los exámenes médicos y figuran en dos convenios de las OIT del año 1921: el 13 sobre la Cerusa y el 16 sobre exámenes médicos de los Jóvenes Pescadores ⁸.

⁵ Otros cánones relacionados 241.1, 642, 689, 1.029, 1.044. Por lo que se refiere a las cualidades que se requieren en el ordenando, el canon 1051 dispone que el rector del seminario «después de la investigación oportuna, hará constar su estado de salud física y psíquica». El documento vaticano «Ratio Fundamentalibus Institutionis Sacerdotalis» (19 de marzo de 1985) dice al respecto que «se deberá examinar su estado de salud física y psíquica por parte de médicos y expertos psicólogos». Similar al canon 1.041 es la fórmula que utiliza el Código de Derecho Canónico de las Iglesias Orientales (canon 762).

⁶ NUGENT, A: «Fit for work: the introduction of physical examinations in industry». *Bulletin of the History of Medicine*, n.º 57, winter 1983, págs. 578-595.

⁷ Anónimo: Editorial. *Journal of the American Medical Association*, 1930, 94: págs. 33-34.

⁸ Para la primera referencia normativa a los tests psicotécnicos en Derecho Internacional hay que remitirse a la Recomendación 99 de la OIT sobre Readaptación Profesional de los inválidos (1955).

Con el paso del tiempo, dichos exámenes de salud previos a la incorporación al trabajo se han ido extendiendo y hoy día el personal de nuevo ingreso en una empresa es muchas veces obligado a pasar un reconocimiento médico, test psicológico, prueba de esfuerzo, etc., con objeto de verificar la idoneidad psíquica y física a una tarea o puesto determinado. Con ello se pretende por el empresario ver disminuida su responsabilidad ulterior frente a terceros, derecho-habientes del trabajador y órganos públicos de inspección laboral por un desempeño inadecuado del trabajo por falta de aptitud psicofísica (pensemos, por ejemplo, en el caso de la contratación de un piloto aéreo sin el reconocimiento médico en regla). Asimismo, una población médicamente óptima *ab initio* supone para un empresario la tranquilidad de verse menos involucrado en pleitos y controversias de seguridad social a raíz de invalideces sobrevenidas, que le supondrían además costes suplementarios por reemplazos de personal.

Un *handicap* con el que cuentan dichos exámenes es que, debido a su falta de prestigio para la profesión médica ⁹, su práctica no está tan valorada como otras actividades médicas más asistenciales, concediéndoles los profesionales que los ejecutan un interés menor frente a otras que se viven como «realmente» encuadrables dentro de la «verdadera» Medicina. No olvidemos que, ya desde su formación en las facultades de Medicina, el médico es enseñado a tratar a enfermos que demandan asistencia y no a ver a sanos (o presuntos sanos) que no se autoperciben como personas que pueden estar aquejadas de problemas de salud «silentes» o asintomáticos. Ello ocasiona que este campo no cuente con tantos estudios ni investigaciones como en otros de las disciplinas médicas.

También cabe decir, con palabras de los expertos salubristas SERRA y GARCÍA BENAVIDES ¹⁰ que la práctica de los mismos en muchos casos ha sido bastante discutible: *«la realidad, al menos en nuestro entorno, es que este tipo de Reconocimiento Médico de ingreso ha tenido habitualmente un carácter menos sanitario y más "fiscalizador", con el objetivo principal de identificar patologías o condiciones de salud incompatibles con el trabajo, para el cual se propone la contratación del trabajador, y así seleccionar sujetos más "aptos", orientando así las políticas, mal llamadas preventivas, hacia la adaptación del trabajador al trabajo y no a la inversa, como deberían fundamentarse»*.

Consideraciones jurídicas genéricas.

Muchos autores, e incluso los mismos profesionales que se enfrentan todos los días a su práctica (iuslaboralistas, médicos del trabajo, psicólogos industriales, expertos en Relaciones Laborales, etc.), suelen confundir estas técnicas indagatorias con los reconocimientos médicos que se practican dentro del campo de la Prevención de Riesgos Laborales (donde se utilizan básicamente como referencia para posteriores seguimientos sanitarios, para eventuales adaptaciones del medio laboral a las limitaciones del trabajador y como detección precoz de enfermedades profesionales).

⁹ Es sumamente revelador que, de la mayoría de Diccionarios Médicos utilizados en nuestro país, sólo uno incluya la voz «Aptitud», siendo sin embargo mayoría los de Psicología que dedican un espacio a dicho término. Asimismo, brilla por su ausencia una asignatura de Medicina del Trabajo en el pregrado de la carrera de Medicina en nuestro país.

¹⁰ SERRA PUJADES, C.; GARCÍA BENAVIDES, F.: «Vigilancia de los efectos». En: GARCÍA BENAVIDES, F.; RUIZ FRUTOS, C. y GARCÍA GARCÍA, A.M.: *Salud Laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*. Barcelona 1997, págs. 231-233.

Estas pruebas, técnicas y reconocimientos cubren, sin embargo, una gama mayor de supuestos, realizándose siempre para indagar (siempre dentro de las variables sanitarias y psíquicas), si el candidato a un puesto de trabajo se encuentra en uno o varios de estos supuestos:

- a) Si las condiciones psico-físicas del candidato constituyen un peligro para los compañeros del centro de trabajo o para terceras personas relacionadas con la tarea a desempeñar.
- b) Si el medio laboral puede perjudicar su salud (o bien que este medio laboral pueda agravar una limitación, minusvalía o enfermedad pre-existentes).
- c) Si hay una adecuación, desde el punto de vista de la aptitud psico-física, entre el candidato y el perfil o profesiograma del puesto de trabajo a desempeñar.

Las pruebas y técnicas enunciadas en el epígrafe (a) suelen estar recogidas en normativa estatal o convencional (p. ej. los reconocimientos médicos para personal de vuelo o para los tripulantes marítimos). En la mayoría de los casos, los poderes públicos ejercen así una función de desarrollo de compromisos jurídicos internacionales en aplicación de Tratados ratificados por nuestro país. Su estado de regulación y de garantías suele ser bastante desigual, adoleciendo de muchas lagunas e incongruencias jurídicas.

Las técnicas encuadradas en el supuesto (b) caen plenamente dentro del campo de lo que se viene llamando desde la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) «*Vigilancia de la salud*» y van encaminadas a la prevención precoz de enfermedades profesionales y en general al estudio del impacto del medio laboral sobre la salud del trabajador. Para estas técnicas existe un entramado de normas que va siendo cada vez más intrincado y de gran complejidad técnica.

Son las técnicas de la modalidad (c), como es fácil de presumir, las que resultan más problemáticas: en ellas la persona se encuentra enfrentada a una especie de inversión de la carga de la prueba (demostrar que se adapta al puesto de trabajo), teniendo en cuenta que lo preconizado en la normativa internacional y por el ordenamiento español (art. 36.5 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante TRLET, art. 15.1 LPRL) sería todo lo contrario (adaptación del trabajo a la persona que lo va a desempeñar).

Aquí (como veremos en epígrafes posteriores) la restricción de derechos fundamentales que se sufre en todas estas técnicas (derecho al trabajo, derecho a la intimidad, derecho a la integridad física, etc.) tiene que ser calibrada según parámetros muy estrictos.

De forma similar a este tipo de exámenes de la modalidad (c) para indagar la adecuación al puesto de trabajo, los candidatos a un empleo también se pueden ver sometidos a una serie de pruebas psicotécnicas (que entrarían ya sin ambages en las denominadas «*Técnicas de Selección de Personal*»). Una mala aplicación de estas pruebas psicotécnicas puede vulnerar también los derechos de los trabajadores y candidatos de la misma forma que los reconocimientos médicos de aptitud.

La base de estas técnicas de determinación de la aptitud descansa para algunos en las reglas de validez de los contratos laborales:

- Consentimiento: algunos tratadistas enfatizan la importancia de las características psico-físicas de una persona a la hora de determinar su capacidad para prestar consentimiento (conforme a lo que establece, de forma general para los contratos, el Código Civil en sus arts. 320 y concordantes). Para estos autores, esto no es más que una de las manifestaciones del carácter *intuitu personae* de la relación laboral (es por esa razón que la edad constituye un elemento fundamental a tener en cuenta en la determinación de la capacidad para contratar laboralmente).
- Objeto: otros, como el profesor francés ALAIN SUPIOT¹¹, hacen entrar la aptitud, además, entre las causas lícitas de objeto de la prestación contractual (ya que el trabajo puede ser definido como «ejercicio voluntariamente prestado de las facultades intelectuales o manuales», entonces según esos autores sería lícito que se solicite un grado de normalidad de dichas facultades que se ponen al servicio de otro en la relación sinalagmática que es consustancial al trabajo humano). Esta posición doctrinal ha sido criticada por otros autores desde una posición más humanista¹².

En el **Anexo III** se citan códigos deontológicos y declaraciones de sociedades profesionales y colegiales que, aun no teniendo valor jurídico, sí pueden servir de criterios de actuación para los técnicos y de interpretación para los tribunales.

2. APTITUD PSICO-FÍSICA PARA ACCEDER A UN EMPLEO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos expuesto en el epígrafe anterior, las técnicas que se utilizan para verificar la aptitud laboral ponen «condiciones» a derechos constitucionalmente reconocidos en nuestro país. Los más fácilmente vulnerables serían los siguientes¹³:

1. El de «la libre elección de profesión u oficio» (ex art. 35.1 CE). Este derecho, asimismo recogido en múltiples convenios y tratados internacionales, se ve limitado desde el momento en que existe la posibilidad de emitir un dictamen médico de «no aptitud» o de «aptitud restringida», siendo ambos dictámenes excluyentes de la profesión, actividad o puesto al que el candidato quería acceder.

¹¹ SUPIOT, A.: *Critique du Droit du Travail*. PUF, París, 1994, págs. 72-73.

¹² BONNECHÈRE, M.: «Le corps laborieux: réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail». *Droit Ouvrier*, mai 1994, págs. 112-130.

¹³ También pueden ser dañados los derechos de los niños a la protección (ex art. 39.4 CE) y el derecho a la Seguridad Social (vid. art. 41) y el derecho a la salud y seguridad de terceras personas (arts. 15 y 40.2 CE).

2. El de protección de la intimidad, dado que con estos exámenes y técnicas se produce una ingerencia en la vida privada del candidato (art. 18 CE).
3. El derecho a la integridad física, dado que muchos de estos exámenes consisten en técnicas invasivas (o se les exige a los candidatos que aporten muestras de productos biológicos) (art. 15 CE) (según jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ello constituye una limitación al derecho a la integridad física, reconocido en el art. 2.º del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Fundamentales).
4. El derecho de los discapacitados a su integración social y profesional (art. 49 CE).
5. El derecho de los candidatos a no ser discriminados injustamente en el acceso a un puesto de trabajo (art. 14 CE) ¹⁴.
6. El derecho de todo candidato al acceso a los tribunales. Hay abundantes posicionamientos del orden jurisdiccional que delimitan como competentes para activar la vía de lo social las reclamaciones dimanantes de procesos de selección y de utilización de pruebas de idoneidad para acceder a un empleo ¹⁵.

Si bien «*uno de los contenidos esenciales del principio de libertad de empresa del artículo 38 CE es la facultad empresarial para seleccionar a sus trabajadores*» (STC 147/1986, 25 de noviembre de 1986), también nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado en sus sentencias que el trabajador no debe ver constreñidos desproporcionadamente sus derechos y libertades constitucionales en la empresa «*dada la posición preeminente de éstos en el ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1.º CE)*» (STC 213/2002, de 11 de noviembre de 2002).

La modulación contractual del ejercicio de los derechos y libertades del trabajador debe estar sujeta, según reiteradas sentencias, a la «*estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin*» (misma sentencia) ¹⁶.

El mismo Tribunal entiende en su sentencia 41/1999, de 22 de marzo, que la prohibición de discriminación del artículo 14 del texto constitucional constituye «*un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación también aplicable a la fase de acceso al trabajo*».

Se entiende pues, que, ante la genérica libertad negocial (*ex* art. 1.255 del CC) y libertad de empresa (*ex* art. 38 de la CE), hay una serie de derechos de la persona candidata ante los que el

¹⁴ Los términos «*condición*» y «*circunstancia*» del artículo constitucional, dada su amplitud semántica, cubren perfectamente los supuestos de los que estamos tratando.

¹⁵ En las sentencias del Tribunal Constitucional 229/1992, 173/1994 y 90/1997, se reconoce que el ámbito protector antidiscriminatorio se extiende también a la fase de acceso al trabajo y a la contratación. Vale la pena también consultar el Auto del Tribunal Supremo (sala de conflictos) de 16 de diciembre de 1994 relativo a unas pruebas selectivas en fase pre-contractual.

¹⁶ *Vid.* también las SSTC 6/1982, FJ 8; 106/1996, FJ 5; 204/1997, FJ 2; 1/1998, FJ 3; 37/1989; 90/1999, FJ 3; 98/2000, FJ 7; 80/2001, FJ 3 y 20/2002, FJ 3.

empresario ve constreñida su discrecionalidad para ejercer esos derechos y libertades ¹⁷. Con palabras del mismo alto tribunal: «Las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional» (STC 88/1985, de 19 de julio).

En un Seminario que organizó la Comisión Europea en Luxemburgo (11 y 12 junio de 1998) sobre los retos futuros de la salud y seguridad, se enfatizó la importancia de que las técnicas para la vigilancia de la salud de los trabajadores conllevaran un respeto de sus derechos fundamentales ¹⁸.

a) Derecho a la libre elección de profesión.

Cuando se trata de ponderar el posible daño a derechos fundamentales de terceros (especialmente el derecho a la vida y salud) que se puede ocasionar al ejecutar determinados trabajos o tareas de riesgo, es legítimo que se puedan poner condiciones al derecho al trabajo de las personas. Pero, como veremos, muchas veces el riesgo para otros derechos y bienes jurídicamente protegibles es más que dudoso y es entonces cuando se puede estimar como desmesurada la instauración de este tipo de técnicas de indagación médica por el mero hecho de disponer del «lujo» de reconocimientos médicos gratuitos.

Que dicho derecho no debe ser absoluto se comprueba por ejemplo en el derecho al acceso a la Función Pública, donde rige el principio constitucional del mérito y de la capacidad (art. 103.3 de la CE), en las limitaciones de salud pública y seguridad colectiva para el ejercicio de profesiones de alto riesgo (aviadores, personal de seguridad, ferroviarios, etc.) o en la fijación de edades mínimas para trabajar. Estos tipos de limitaciones son pacíficas en la doctrina nacional e internacional y no plantean problema alguno (es fácil reconocer que el bien jurídico protegido ante el que cede el derecho a la libre elección de profesión es de mayor peso).

Situación en España.

El derecho a la libre elección de profesión figura en nuestra Constitución en el capítulo II del Título Primero («Derechos y Libertades») con el siguiente tenor: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo» (art. 35.1) ¹⁹.

¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «La reapropiación social de la tutela de la salud laboral: hacia un nuevo modelo normativo de prevención de riesgos profesionales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 176, noviembre 1997, págs. 74-75.

¹⁸ COMMISSION EUROPÉENNE: «Santé et Sécurité sur le lieu de travail: les prochaines étapes». *Commission Européenne (Emploi & affaires sociales) unité V/5.5*, Bruxelles, janvier 1999, pág. 31.

¹⁹ Prácticamente con la misma dicción, dicho derecho figura entre los «derechos y deberes laborales básicos» que enumera el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.º 1 a).

Esta constitucionalización se ve reforzada por vía indirecta a través de la condición «hermenéutica» del artículo 10.2: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»²⁰.

Dicho derecho, aunque excluido de la vía privilegiada de defensa de los derechos y libertades del artículo 53.2 (recurso jurisdiccional extraordinario), sí que se halla considerado como vinculante para todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) abriendo paso al recurso de inconstitucionalidad regulado en el artículo 16.1.1a de la Constitución.

Por lo que respecta a determinados colectivos o situaciones, la CE también declara (art. 49) como objetivo de los poderes públicos la integración de los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». Respecto a los menores, el artículo 39.4 CE establece que «gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo que se menciona en el artículo 35 de la CE, a nivel individual, no se agota en la libertad de poder trabajar sino también a no sufrir discriminación en el acceso al mismo (Sentencia 22/1981, de 2 de julio, FJ 8): «En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo».

Sobre la virtualidad de dicho derecho también para aquellas personas que se encuentran en proceso de ingreso a un empleo, el alto tribunal también entiende que los motivos discriminatorios entran de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 14 CE también durante esa fase (Sentencias 173/1994 y 90/1997).

*Panorama del Derecho Internacional Público*²¹.

Dicho derecho a la libre elección de profesión tiene su concreción en los siguientes instrumentos (de desigual fuerza legal) que aquí enumeramos:

La **Declaración Universal de Derechos Humanos**²² (10 de diciembre de 1948) en su artículo 23.1 afirma de forma lapidaria: «Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo».

²⁰ A través de esta «constitucionalización interpretativa» de los Tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales éstos pasan a pertenecer de alguna manera a la «esfera constitucional».

²¹ Otros Convenios y Tratados internacionales se enumeran en el anexo II de este trabajo. No es este lugar para tratar de la eficacia horizontal de las directivas comunitarias ni de la diferencia entre los tratados internacionales «self executing» o aquellos que son meramente promocionales.

²² Este derecho está igualmente reconocido para los Apátridas (arts. 17 y 18 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 1954) y para los Refugiados (arts. 17 y 18 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1950).

En otra declaración de las Naciones Unidas, la **Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo social** (11 de diciembre de 1969), se enuncia como sigue: «*El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente*» (art. 6.º).

En la **Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** (7 de noviembre de 1967), se dice al respecto: «*Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, casada o no, los mismos derechos que al hombre en la esfera de la vida económica y social, en particular: a) el derecho, sin discriminación alguna por su estado civil o por cualquier otro motivo, a trabajar, elegir libremente empleo y profesión*» (art. 10.1).

Dicho derecho, se formula en la **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer** (18 de diciembre de 1979), en estos términos: «*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano (...) c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo*» (art. 11.1).

Según el artículo 1.º 1 del **Convenio 122 de la OIT sobre la Política del Empleo**, 1964, todo Estado Parte: «*deberá formular y llevar a cabo, como objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido*». En el epígrafe segundo del mismo artículo se establece que: «*la política indicada deberá tender a garantizar: (...) c) que habrá libertad para escoger empleo*».

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (16 de diciembre de 1966) establece en su artículo 6.º 1 que: «*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*».

La **Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (21 de diciembre de 1965) estipula en su artículo 5.º que: «*Los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color, y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: (...) e) el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo*».

En nuestro ámbito regional, el **Consejo de Europa**, en la **Carta Social Europea** (ratificada por España el 29 de abril de 1980), enuncia dicho derecho en el artículo 1.º de su versión revisada (3 de mayo de 1996) de esta forma: «*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 2) A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido*».

Este mismo instrumento internacional enumera excepciones a dicho derecho, en cuanto se refiere a los jóvenes y niños (números 1, 2 y 8 del art. 7.º) y a las mujeres en trabajos subterráneos de minería o insalubres (art. 8.º 5 de la Carta).

El artículo 20 de la versión revisada de la Carta (procedente del art. 1.º del Protocolo Adicional) reconoce el derecho a la no discriminación en materia de empleo y de profesión por razón de sexo incluyendo en su campo de aplicación el «*acceso al empleo*». En el artículo 15 se reconoce el derecho de los discapacitados a medidas de facilitación de su integración laboral.

Según el artículo E (parte V) de la Carta, el disfrute de los derechos reconocidos en la misma se garantizará «*sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación*»²³.

No son permitidas restricciones al ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la Carta (a excepción de los casos de guerra o peligro público y de los casos de disposiciones no aceptadas explícitamente por los Estados) «*salvo las establecidas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*» (art. G).

Con menor fuerza jurídica²⁴, tenemos también referencias al derecho al trabajo en las dos cartas de Derechos de la **Unión Europea**: la de 1989 (**Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores**) y la de 2000 (**Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**).

En el texto de 1989, su disposición 4.^a recoge el derecho de toda persona «*a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión*» y su disposición 26.^a el derecho de todo minusválido a «*beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social*».

La Carta de 2000 inscribe el derecho al trabajo en su artículo 15.1: «*Toda persona tiene derecho a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*». Su artículo 21 prohíbe «*toda discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*». Los discapacitados, según el artículo 26, ven reconocido y respetado su derecho a «*beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*». En cuanto a las limitaciones a estos derechos, el artículo 52 establece que «*sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*».

²³ El anexo de la Carta especifica que «no se considerará discriminatoria la diferencia de trato basada en un motivo objetivo y razonable».

²⁴ A pesar de las reiteradas promesas de inserción en el Derecho Comunitario estas dos cartas no pasan de ser meras declaraciones políticas hasta que se apruebe definitivamente el Tratado por el que se establece una Constitución Europea. Ello no obsta a que, gracias a la Carta del año 2000, la Unión haya aprobado dos directivas de interés en el campo de la lucha contra la discriminación: la Directiva 2000/43/CE contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Todo este entramado legal (de ámbito interno e internacional) configura lo que me atrevo a denominar «*presunción iuris tantum de empleabilidad*» (o «de aptitud») en favor de todo candidato a un empleo.

b) Derecho a la integridad física.

Dado que en muchos casos, la práctica de exámenes de idoneidad psicofísica incluirá obligatoriamente la toma de muestras biológicas del candidato al puesto, se debe entender con nuestro alto tribunal que hay una violación de la intimidad personal garantizada por nuestro texto constitucional «*de la que forma parte la intimidad corporal (...) frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse*» (STC 37/1989, *vid. aut.* STC 129/1990) ²⁵.

En el mismo sentido, la **Comisión de Derechos Humanos** de Estrasburgo se pronunció en el *Asunto Roger Acmanne contra Bélgica* (10 de diciembre de 1984) en un proceso donde se determinaba la licitud de someterse obligatoriamente a unas pruebas de tuberculina y de una placa de tórax para ser admitido a un colegio. Dichas pruebas constituyen una «*injerencia en la vida privada de las personas*» y por lo tanto atentan contra el artículo 8.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia reconoce la licitud de dichas técnicas en este asunto por estar previstas por la ley y ser proporcionales al riesgo que prevén. En otros casos, se reconoció a una toma de sangre obligatoria (*Asunto X contra Países Bajos*, 4 de diciembre de 1978 y *Asunto X contra Austria*) como injerencia en la vida privada.

c) Protección de la intimidad durante el acceso a un trabajo.

Múltiples instrumentos jurídicos internacionales recogen el derecho a la intimidad personal (es precisamente éste uno de los derechos que los expertos denominan de «Tercera Generación»). El trabajador y la persona candidata a serlo no pueden ver negado este derecho por esa sola condición.

En 1995, como fruto de una reunión de expertos, la **Organización Internacional del Trabajo** publicó un **Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores** ²⁶. En este documento se abordan temas de interés para la materia que estamos tratando:

²⁵ Intromisión en la vida privada e intimidad que son más evidentes aun cuando se realizan exploraciones corporales invasivas (extracciones de productos biológicos –como sangre, orina, saliva, etc.–, tactos rectales, palpación mamaria o testicular, etc.) (ref. CHAIM COHEN, YEHUDA LERMAN, PAUL FROMM: «Physical examinations by occupational physicians as part of pre-employment evaluations». *Israeli Journal of Occupational Health* 1999; 3: págs. 7-10).

²⁶ Hasta la década de los 90 las únicas menciones de interés estaban en la Recomendación 152 sobre Trabajos Portuarios, la Recomendación 128 sobre Peso Máximo y el Convenio 128 sobre Trabajo Nocturno.

- Recogida de datos médicos: «sólo deberían recabarse datos médicos de conformidad con la legislación nacional, el respeto del secreto médico y los principios generales de la salud y seguridad en el trabajo y únicamente cuando se precisen: a) para determinar si el trabajador puede ocupar un puesto de trabajo específico».
- Comunicación de datos médicos a los empleadores: «En el caso de los exámenes médicos sólo deberían comunicarse a los empleadores las conclusiones que guarden relación con la decisión de que se trate relativa al empleo» no debiendo «contener información médica» e indicando, cuando corresponda, «la aptitud para desempeñar la tarea propuesta o especificar los tipos y condiciones de trabajo que, temporal o permanentemente, estén contraindicados».
- Exámenes toxicológicos: «los exámenes sobre drogas deberían realizarse solamente de conformidad con la legislación y la práctica nacionales o las normas internacionales»²⁷.
- Exámenes psicológicos²⁸.

Son múltiples las normas de la OIT que mencionan, con mayor o menor extensión, el derecho a la confidencialidad: Convenio 152 (Seguridad e Higiene en Trabajos Portuarios), Recomendaciones 171 (Servicios de Salud en el Trabajo), 172 (Asbesto) y 177 (Productos Químicos).

En julio de 1994, el **Consejo de Europa** ultima la elaboración de un Convenio sobre Bioética que pasará después a ser sometido a estudio en la Asamblea Parlamentaria de dicha organización. Este Convenio fue finalmente aprobado en una reunión que tuvo lugar en Oviedo el 4 de abril de 1997 adoptando la denominación de **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina**²⁹.

Este Convenio se basa en tres principios generales:

- Primacía del ser humano («el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» según reza el art. 2.º).
- Consentimiento «libre e informado» para toda «intervención en el ámbito de la sanidad» (art. 5.º)³⁰.
- Respeto de la vida privada cuando se trate de informaciones relativas a la salud de la persona (art. 10).

²⁷ Hace referencia explícita a documentos de la OIT como «Guiding principles on drug and alcohol testing in the workplace» (1994), «Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el Tratamiento de las cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo» (1996) y «Drug and alcohol testing in the workplace» (reunión de Oslo, 1993).

²⁸ Véase el capítulo sobre Pruebas Psicotécnicas, donde se cita el contenido del Repertorio sobre el particular.

²⁹ Ratificado por España el 1 de septiembre de 1999.

³⁰ En el informe explicativo sobre este convenio se entiende por «intervención» a todos los actos médicos incluida la medicina preventiva.

Para establecer garantías sobre la recogida y tratamiento de los datos sanitarios –entre otros de especial sensibilidad– el Consejo de Europa dispone desde el año 1981 del **Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal**³¹ que enuncia los principios genéricos que después se encontrarán presentes en todas las recomendaciones de esta organización sobre el particular: 1) lealtad y legitimidad en la recogida, elaboración y utilización de los datos; 2) los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación a la finalidad buscada con la recogida; 3) reconocimiento del *habeas data* o conjunto de garantías sobre acceso, rectificación y cancelación de datos; 4) garantías de seguridad en la conservación de los datos y limitación de esta conservación en el tiempo.

La **Recomendación R(97)5 del Consejo de Europa relativa a Protección de los Datos médicos automatizados** (13 de febrero de 1997), en su artículo 4.º 3, establece que «*la colecta y tratamiento de datos médicos es posible para cumplir una obligación contractual específica*» [punto b(iii)]. En dicho párrafo se considera lícita esa colecta y tratamiento «*para salvaguardar los intereses vitales de la persona concernida o de una tercera persona*».

En el ámbito concreto de las relaciones de trabajo, el Consejo de Europa aprobó la **Recomendación R(89)2 sobre Protección de Datos de carácter personal utilizados con fines de Empleo**, que establece que los datos especialmente sensibles sólo podrán recogerse y registrarse en casos especiales. En el punto 10 del anexo de esa Recomendación se advierte que sólo podrá interrogarse sobre el estado de salud o someter a examen médico a los candidatos a un puesto de trabajo con unos fines determinados entre los que enumera «*determinar su aptitud para un puesto actual o futuro*»³².

Un caso jurisprudencial interesante es el abordado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de octubre de 1994 caso «*X versus Comisión de las Comunidades Europeas*». Un candidato a un puesto temporal en la Comisión Europea expresó su negativa a que se le practicara la prueba de SIDA durante su examen médico previo al ingreso y el Tribunal declaró la ilicitud de la actuación comunitaria a la luz del artículo 8.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

España.

Las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal (según sostiene el FJ 3 de la STC 207/1996, de 16 de diciembre).

El respeto a la intimidad en estos casos debe llevar a la conclusión de que los datos obtenidos lo serán siempre con la conformidad del candidato al puesto de trabajo y sin posibilidad de cesión a

³¹ También ratificado por nuestro país.

³² En 1999, un Grupo de Expertos convocado por el Consejo de Europa redactó una «Propuesta de Guía Europea sobre los Exámenes médicos previos al empleo y al Seguro Privado» (Consejo de Europa: Medical Examinations Preceding Employment and/or Private Insurance: A proposal for European Guidelines. Council of Europe, Strasbourg 1999. El texto se puede consultar en *European Journal of Health Law*, 7, 2000, págs. 145-172).

personal que no sea el sanitario o el que por normativa deba conocerlo (por ejemplo, las administraciones sanitarias). Los empleadores ³³ sólo deberían tener el poder de requerir las conclusiones de los exámenes en lo que concierne al grado de aptitud y a la necesidad o no de realizar ajustes en el medio laboral (véase art. 22.4. de la LPRL que reconoce este principio fundamental en el ámbito de las actuaciones sanitarias establecidas en el marco de la prevención de riesgos laborales) ³⁴.

La LPRL menciona a lo largo de su articulado la protección de la intimidad declinandolo en diversos términos muy similares «confidencialidad», «intimidad», «secreto», aunque la doctrina ha visto lagunas y contradicciones en algunos de sus preceptos.

Es de plena aplicación al ámbito que nos preocupa la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que, en su artículo 7.º 3 establece que «*Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente*». Este precepto viene desarrollado más adelante por el artículo 8.º que dispone que «*las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica*» ³⁵. También se regulan derechos de *habeas data* como son los de oposición, acceso, rectificación, cancelación ³⁶.

La Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica así como las disposiciones aplicables de la Ley 14/1986 General de Sanidad y de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (y las normas correlativas de cada Comunidad Autónoma) establecen todo un marco protector de las actuaciones de los profesionales que utilizan técnicas de verificación de la aptitud para el trabajo. Muchas de esas disposiciones son de plena aplicación a centros, instituciones de carácter privado y profesionales libres y, por lo tanto, no hay motivo para que esas prácticas de las que venimos hablando se queden fuera de ese marco regulador.

d) Derecho a no ser discriminados por motivo de condiciones psico-físicas en el acceso al trabajo.

La **Unión Europea** ha ido extendiendo su campo de acción antidiscriminatorio progresivamente –partiendo de la normativa de igualdad de sexos en cuyo camino se ha progresado mucho–

³³ Los representantes del personal tienen también vedado el acceso a los datos sanitarios personales pudiendo acceder solamente a las conclusiones y a los datos colectivos impersonales (es la opinión sostenida por la Agencia de Protección de Datos ante una consulta de un Comité de Empresa en 1997).

³⁴ Un caso paradigmático de vulneración es el que sucedió con una Base de Datos sobre «absentismo por baja médica» que mantenía el Banco Hispano-Americano y que dio lugar a que el Tribunal Constitucional pronunciara la Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Dicha sentencia terminó condenando como contrario al artículo 18 de la CE y por tanto ilícito «el tratamiento y la conservación del diagnóstico médico en la mencionada base de datos sin mediar consentimiento expreso del afectado».

³⁵ Como veremos en el apartado sobre psicotecnia, la Agencia Española de Protección de Datos estima que los datos psicológicos caen también dentro de esta categoría de datos sanitarios.

³⁶ Derechos desarrollados por el Real Decreto 1332/94 y por la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la APD, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

para llegar al Tratado de Amsterdam (1997) cuyo artículo 13 permite emprender acciones para combatir la discriminación aunque siempre con el *handicap* de necesitar la unanimidad en el Consejo. Sobre la arquitectura diseñada por ese artículo y las Cartas de Derechos (aun sin poseer carácter vinculante *eo ipso*), la Unión ha aprobado una serie de medidas legislativas de gran importancia y que, en el campo laboral que nos ocupa, son la **Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación** y la **Decisión 2000/750/CE por la que se establece un Programa de Acción comunitaria contra la Discriminación** (2001-2006).

En **Canadá**, el Tribunal Federal de Apelaciones ha afirmado en julio de 1998, en el caso «Association Canadienne des Libertés Civiles *versus* Banque Toronto-Dominion», que la política indiscriminada de realización de test de despistaje de drogas y/o alcohol en las empresas constituía un motivo ilícito de discriminación (en el sentido en que está expresado en la **Ley Canadiense de Derechos de la Persona**)³⁷.

Hay que recordar, que los motivos ilícitos de discriminación, según esa Ley federal, están enumerados en su artículo 3.º: «1) la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, la edad, el sexo, la orientación sexual, el estado civil, la situación familiar, el hecho de estar indultado o la deficiencia³⁸; 2) una distinción basada en el embarazo o el parto estará considerada como basada en motivo sexual». Entre los actos discriminatorios que esa ley cita está (art. 7.º) el hecho de «negarse a emplear o a continuar dándole empleo a un individuo», incluso por medios indirectos.

Para que una de estas actitudes o acciones no pueda ser considerada discriminatoria, la ley obliga al empleador a demostrar que está basada en «*exigencias profesionales justificadas*» (art. 15.1) y que las medidas para adaptar la empresa a las limitaciones psico-físicas de esa persona «*constituyen una carga excesiva en materia de costos, de salud y de seguridad*» (art. 15.2).

Quebec dispone en su ordenamiento de la ley denominada **Carta de Derechos y Libertades de la Persona** (promulgada en 1975 y con muchas reformas ulteriores) que prohíbe en su artículo 16 la discriminación en la contratación con estas palabras: «*Nadie puede ejercer discriminación en la contratación, el aprendizaje, la duración del período de prueba, la formación profesional, la promoción, el traslado de puesto, el despido, la suspensión o las condiciones de trabajo de una persona así como la instauración de categorías o de clasificaciones de empleo*».

La disposición central de esa ley es el artículo 10, donde se define (con incluso mayor concreción que en la ley federal) el ámbito protector: «*Toda persona tiene derecho al reconocimiento y al ejercicio, en plena igualdad de los derechos y libertades de la persona sin distinción, exclusión o preferencia basada en la raza, color, sexo, embarazo, orientación sexual, estado civil, edad (salvo en la medida prevista en la ley), religión, convicciones políticas, lengua, origen étnico o nacional, condición social, discapacidad o el uso de un medio para paliar esa discapacidad*».

³⁷ Commission Canadienne des Droits de la Personne: Rapport Juridique 1998. CCDP, Ottawa 1998.

³⁸ Para esa ley, el concepto de «deficiencia» es el siguiente: «Artículo 25 "deficiencia". Deficiencia física o mental, presente o pasada, incluida la desfiguración y la dependencia, presente o pasada, en relación con el alcohol o la droga».

Hay discriminación cuando tal distinción, exclusión o preferencia tiene como consecuencia destruir o comprometer ese derecho».

El artículo 18.1 de dicha Carta, consagrado a los datos relativos a un empleo, establece asimismo que: «*Nadie puede, en un formulario de solicitud de empleo o durante una entrevista relativa a un empleo, requerir de una persona informaciones sobre los motivos enunciados en el artículo 10*».

a) Por discapacidad.

Desde mediados de los cincuenta, la aproximación a la discapacidad ha ido pasando progresivamente de la óptica asistencialista hacia la integracionista ³⁹. En este camino fue fundamental la propia percepción de los discapacitados como sujetos de derechos asumiendo ellos mismos la lucha por su derecho a la integración en el ámbito laboral «*normal*».

La OIT aprobó en 1955 la Recomendación 99 sobre la adaptación y readaptación de inválidos en cuyo capítulo VII (Medidas para incrementar las posibilidades de empleo de los inválidos) se esbozan medidas integracionistas. El principio fundamental de esta recomendación se expresa en la disposición 29.^a: «*el acento debería ser puesto sobre las aptitudes y las capacidades de trabajo de los interesados y no sobre su invalidez*». Entre las medidas sugeridas por dicha recomendación figuran ya las adaptaciones del lugar de trabajo (disp. 30.^a). Posteriormente, el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 159 (año 1983), pone al día la posición de esa Organización sobre el particular insistiendo en la adopción de medidas que permitan la inserción del discapacitado en el «*mercado regular de trabajo*» ⁴⁰.

La normativa de la **Unión Europea** ha ido adoptando herramientas cada vez más específicas para luchar contra la exclusión profesional del discapacitado. En 1998 se publicó un documento de la Comisión titulado **Elevar los niveles de empleo de las personas con discapacidad-el desafío común**, en el que se formulan una serie de recomendaciones comunes y se sugieren ámbitos en los que convendría seguir trabajando. Sobre la base de este documento, el Consejo adoptó el 17 de junio de 1999 una **Resolución relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías**.

También hay que resaltar la mención al derecho del discapacitado a su integración profesional en la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** así como la Declaración n.º 22 anexa al artículo 100 A) del **Tratado de Amsterdam** (renumerado como art. 95) según la cual las instituciones comunitarias deberían tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad al adoptar medidas de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

³⁹ Desde una perspectiva más general, la Asamblea General de las Naciones Unidas dio un mandato por su resolución 56/168 de diciembre de 2001 a la organización para que un Comité Especial prepare una Convención Internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (en el borrador de proyecto, el derecho de los discapacitados a acceder al trabajo figura como art. 25).

⁴⁰ La Recomendación que acompaña a dicho convenio (la n.º 168) es más explícita que la de 1955 en lo concerniente a la adaptación del medio laboral (disp. 11.^a)

La ya citada **Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**, enumera entre los motivos ilícitos de discriminación la «discapacidad» (art. 1.º).

En los **Estados Unidos de América**, tras la aprobación de una primera batería de normas sobre derechos civiles como la **Civil Rights Act** en 1964 (que no la incluía entre las prohibiciones de discriminación), la primera ley que va a prohibir la discriminación contra los discapacitados será la **Federal Rehabilitation Act** de 1973, cuyo artículo 504 prohibirá ese tipo de discriminación en el ámbito del empleo federal. Posteriormente (aunque por vía judicial ya se habían conseguido pronunciamientos en ese sentido) la **Americans with Disabilities Act** (Ley de Americanos con Discapacidades) de 1990 extenderá dicha prohibición al sector privado estableciendo la obligación para el empresario del «ajuste razonable» (*reasonable accommodations*) salvo si es capaz de demostrar que la misma le ocasiona «*undue hardship*» (excesiva onerosidad).

La Agencia federal encargada del cumplimiento de esas leyes antidiscriminatorias (Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo) (más conocida por sus siglas inglesas **EEOC**)⁴¹ ha establecido pautas de actuación dirigidas a empresarios, a médicos del trabajo y a seleccionadores de recursos humanos para que su actividad de verificación de la idoneidad de un discapacitado para un determinado puesto de trabajo no vulnere la ley.

En **Canadá** hay abundante jurisprudencia y doctrina en la que se aborda la problemática de los exámenes de aptitud previos al trabajo en el caso de los discapacitados, sobre todo a la luz de las leyes de derechos civiles (federales y provinciales). Las Comisiones provinciales (y también, por supuesto, la federal) encargadas del cumplimiento de estas leyes han emitido informes y opiniones sobre el particular (de mucho peso al ser tomadas después en cuenta por los tribunales). En **Quebec**, por ejemplo, la Comisión de Derechos de la Persona y de la Juventud aprobó en 1987 una Resolución⁴² sobre «**El respeto de los Derechos Fundamentales en el marco de los exámenes médicos para el empleo**».

España.

En la década de los 80, en nuestro país se produjo una intervención legislativa de aproximación al reconocimiento de los derechos de los entonces denominados «minusválidos» con la promulgación de la **Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos**⁴³ (arts. 10.1 y 41.3), sien-

⁴¹ Dicha agencia federal fue creada por la Ley de Derechos Civiles 1961 y se encarga de verificar el cumplimiento de diversas leyes federales que tienen relación con la discriminación laboral. Las Guías de actuación para médicos del trabajo se denominan: «Guía de ejecución sobre averiguaciones relacionadas con discapacidades y exámenes médicos de empleados bajo la Ley de Americanos con Discapacidades (ADA)» (julio 2000) y «Guía de ejecución de la ADA: Preguntas relacionadas con discapacidades y exámenes médicos prelaborales» (octubre 1995). Todas se pueden descargar del sitio web de la EEOC: www.eeoc.gov.

⁴² Commission des Droits de la Personne du Québec: Résolution COM-290-9.1.2: «Le respect des droits fondamentaux dans le cadre des examens médicaux en emploi». (290.ª sesión, 21 de agosto de 1987) Mimeografiado. 12 págs. La Comisión homónima de Ontario también emitió un documento sobre la materia cuyo título es «Policy on Employment-Related Medical Information» (Toronto abril 1990).

⁴³ Aunque vista desde nuestra perspectiva actual dicha denominación no nos parezca adecuada, debemos comprender que se venía de otra mucho más estigmatizante: subnormal. La LISMI ha sido una de esas raras veces que en España nos hemos adelantado en el plano de lo social, aunque muy pronto quedó clara la falta de voluntad política de desarrollar sus preceptos.

do uno de los principios rectores de la misma la promoción del derecho de los discapacitados a un entorno social favorable a sus limitaciones (intentando, en lo posible –art. 37 y 37 bis- su integración en el medio laboral no protegido).

Según el artículo 38.2 de dicha ley *«se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las Empresas que supongan en contra de los minusválidos discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo»* ⁴⁴.

Para la participación de los discapacitados en oposiciones oficiales, el equipo multiprofesional del IMSERSO (o Comunidad Autónoma) acreditará mediante dictamen vinculante las condiciones de aptitud para el ejercicio de las funciones de las plazas convocadas (art. 38.3 LISMI). Dichos dictámenes de adecuación al puesto pueden colisionar con las aptitudes obtenidas tras reconocimientos médicos que dichos aspirantes puedan pasar ⁴⁵.

El **TRLET** define el derecho de los discapacitados a no ser discriminados en el acceso a un empleo como sigue: *«tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o el empleo de que se trate»* (art. 4.º 2) ⁴⁶.

La **Ley 62/2003** de medidas fiscales, administrativas y del orden social –como transposición un poco «atípica» de la Directiva 2000/78/CE– introduce normas antidiscriminatorias en general, entre las que se encuentran múltiples alusiones a la discapacidad. En dicha ley se define como *«Discriminación indirecta»*: *«cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios»*.

Extiende su ámbito protector anti-discriminatorio esa Ley al *«acceso al empleo»* (art. 34) e indica que una diferencia de trato basada en uno de los motivos prohibidos (la discapacidad por ejemplo) no será discriminatoria si *«debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»*.

La **Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad** enumera, entre las medidas contra la discriminación, el

⁴⁴ De forma similar, el artículo 17.1 del TRLET considera nulas y sin efecto «las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de los empresarios que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de (...) discapacidad».

⁴⁵ No olvidemos la taxativa dicción de la ley: «carácter vinculante» de los dictámenes.

⁴⁶ En redacción dada por la Ley 62/2003. La misma prohibición es aplicable a las labores de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos (art. 16.2 TRLET).

«Ajuste razonable», que define en estos términos: «medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda».

En caso de un proceso ante la jurisdicción de lo social en que se alegue discriminación por razón de discapacidad en el trabajo, «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 9.º 6 de la Ley de Procedimiento Laboral). La modalidad procesal en estos casos será la especialmente prevista para la tutela de los derechos fundamentales (art. 181 LPL).

La sanción administrativa establecida por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 8.º 12), ante «decisiones unilaterales de los empresarios que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de (...) discapacidad» (actuaciones que son consideradas como muy graves por dicha ley) puede acarrear una multa que alcanza en su grado máximo la cantidad de 90.151 euros. El Código Penal (art. 314) castiga estas discriminaciones atentatorias contra los derechos de los trabajadores discapacitados con pena de prisión (6 meses a un año) y multa de seis a doce meses.

El Real Decreto 1451/1983 regula el empleo selectivo de los trabajadores minusválidos. En su artículo 8.º (según redacción dada por RD 170/2004), el servicio público –ante una demanda específica de candidatos minusválidos–, «solicitará el informe de los equipos multiprofesionales sobre la adecuación del puesto de trabajo a la minusvalía de los trabajadores que, teniendo acreditada tal circunstancia, se encuentren inscritos en la Oficina de empleo».

La mención a determinados padecimientos ⁴⁷ como incapacitantes por sí mismos para el trabajo en el artículo 189 del todavía vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 plantea el problema de que esa presunción *iuris et de iure* es difícilmente compatible con la normativa protectora de la integración profesional de los discapacitados que hemos mencionado anteriormente. Es así como pensamos que dicho artículo ha sido derogado implícitamente por las disposiciones derogatorias de las leyes citadas.

No ha tenido en nuestro panorama doctrinal ninguna repercusión –como sí la ha tenido en América del Norte con un muy rico debate entre juristas, funcionarios de las agencias gubernamentales implicadas y profesionales de la salud y de los recursos humanos– el impacto de esta normativa sobre protección de los derechos de los discapacitados en los requisitos de aptitud psicofísica para iniciar una relación contractual.

⁴⁷ Texto del artículo cuestionado: «Sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsias, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias, puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro».

b) Por embarazo ⁴⁸.

En 1999, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** –órgano creado para el control del cumplimiento de la Convención homónima– hizo pública su Recomendación n.º 24 en la que se afirma que «*Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como (...) las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad a dar su consentimiento con conocimiento de causa*».

En **Canadá** prácticamente todas las leyes sobre equidad en el empleo o sobre Derechos Civiles incluyen el embarazo entre los motivos discriminatorios ilícitos. En Ontario, la Comisión de Derechos de la Persona aprobó en septiembre de 1996 un documento sobre la «*Política concerniente a la discriminación ligada al embarazo y a la lactancia materna*» en el que reafirma la prohibición de discriminación de una embarazada en el acceso a un empleo inserta en el Código ontariano de Derechos de la Persona.

La jurisprudencia federal canadiense también estima como discriminatoria la negativa a contratar a una candidata por el solo hecho de encontrarse encinta (véase el caso *McAlpine versus Canadian Forces* 1988 y el caso *Jenner versus Point West Development Corp.* 1990).

En **Estados Unidos de América** se aprobó en 1978 la *Pregnancy in Employment Act*, que prohíbe rechazar a una mujer gestante para un trabajo aplicándose a empresas de quince o más trabajadores.

El **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** ha tenido ocasión de estimar, a la luz de los artículos 1.º 1, 2.º apartados 1 y 3, y 5.º 1 de la Directiva 76/207/CEE, que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituía una discriminación directa basada en el sexo (Sentencia TJCE 8 de noviembre de 1990 asunto *Dekker*) ⁴⁹.

⁴⁸ Tras la entrada en vigor del texto constitucional se debe entender que no hay otros motivos o situaciones que hagan de la mujer una persona a la que hay que proteger de forma diferente a los hombres. Desde 1992, España no está comprometida con el Convenio 89 OIT que prohíbe el trabajo nocturno de la mujer en la industria (carta de denuncia de 27 de febrero de 1992). El Tribunal Constitucional emitió en 1992 la STC 229/1992 en el llamado «caso Hunosa» permitiendo a las mujeres acceder al trabajo subterráneo en minas [España denunció en 1991 el artículo 8.º 4 b) de la Carta Social Europea y el Convenio 45 de la OIT que impedían a la mujer su trabajo subterráneo].

⁴⁹ Ese tribunal ya había establecido que en otros momentos de la relación de trabajo también amparaba el mandato antidiscriminatorio a la mujer gestante: no renovación del contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Jiménez Melgar*), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto *Mahlburg*), despido (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz*; STJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*), declaración de nulidad por tratarse de trabajo prohibido para las mujeres gestantes (STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto *Gabriele Habermann*).

En **Portugal**, según el recientemente reformado Código del Trabajo (año 2003), «*el empresario no puede, en ninguna circunstancia, exigir a la candidata al empleo o a una trabajadora la realización o la presentación de pruebas o exámenes de embarazo*» (art. 19.2) ⁵⁰.

Nuestra más alta jurisdicción constitucional se ha pronunciado en un reciente caso en el que se dilucidaba la licitud de una suspensión de un contrato de trabajo durante el embarazo con estas palabras: «*la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral*» (STC 161/2004). Ya en la Sentencia 173/1994 dicho tribunal había tenido ocasión de pronunciarse sobre la no readmisión de una trabajadora temporal embarazada, lo que equivalía para el tribunal a impedir el acceso a un nuevo contrato, declarando nula la citada decisión patronal.

Una sentencia del **Tribunal Superior de Justicia** de la Comunidad Valenciana consideró nula la actuación discriminatoria de un empresario al no contratar a una trabajadora por su situación de embarazo, condenándole al abono de una indemnización (Sentencia de 18 de junio de 1997, Ar. 2077).

Ante todo este entramado de derecho y jurisprudencia faltan estudios que aborden cuál debe ser el papel de los profesionales que tienen que realizar exámenes de salud previos al ingreso en un trabajo con riesgo para el feto cuando se encuentran ante la negativa de una mujer a que se le realicen pruebas de embarazo (sobre todo cuando el empresario no cuenta con otro trabajo que ofrecer, exento del riesgo fetal).

c) Por edad (infancia, edad avanzada) ⁵¹.

La instauración de edades umbrales y límites para el trabajo asalariado por cuenta ajena fue una reivindicación histórica del movimiento sindical (recordemos que, a esta petición, iba ligada por un lado la de liberar a los talleres, fábricas y minas de la presencia infantil así como, por otro, permitir el retiro de los obreros que, extenuados por ritmos y condiciones de trabajo extenuantes, se veían constreñidos a seguir trabajando por el temor a la pobreza). El progresivo alargamiento de la etapa activa del individuo, las mejoras de condiciones de vida y de salud, están planteando, sin embargo que muchas personas no deseen abandonar su actividad ⁵².

Adoptar una limitación de edad para el trabajo en cualquiera de sus formas es un tema sujeto a debate doctrinal y jurisprudencial, sobre todo en el mundo anglosajón. De hecho, según informa

⁵⁰ Por auto n.º 306/03, el Tribunal Constitucional portugués había estimado inconstitucional el artículo 17.2 del Código de Trabajo por permitirle al empleador acceder a información sobre el estado de gestación de la candidata a un puesto de trabajo.

⁵¹ En Francia las implicaciones de la edad en el Derecho del Trabajo han originado mucha doctrina (véase, por ejemplo, el monográfico que le ha dedicado la revista *Droit Social* a este tema en su número de diciembre de 2003). En España véase el estudio de la profesora Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN: «Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo». Madrid 2003.

⁵² Actualmente existen algunas medidas legislativas encaminadas al mismo fin, como la jubilación parcial y la jubilación flexible.

la agencia federal estadounidense EEOC, las demandas por razón de edad constituyen el motivo principal de quejas por discriminación laboral en **Estados Unidos de América** ⁵³. En **Canadá** la mayoría de las Cartas Provinciales de Derechos de la Persona, así como la legislación federal, incluyen la edad entre los motivos de discriminación ilícita.

En la **Unión Europea**, el Tratado de Amsterdam ha introducido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea el artículo 13 que da un mandato de lucha contra las discriminaciones por diversos motivos, entre los que se encuentra explícitamente la edad.

La Directiva 2000/78/CE estima ilícita la discriminación por edad, pero permite ciertas derogaciones a ese principio (por ejemplo, el establecimiento de edades mínimas para acceder al empleo y de edades máximas para la contratación).

Trabajo infantil.

En este caso, la aptitud psico-física requerida para acceder al trabajo tiene como objetivo que el candidato: a) tenga el suficiente desarrollo psíquico y fisiológico como para hacer frente a la tarea concreta y, b) que el trabajo a desempeñar no entorpezca el normal desarrollo de una persona que aún se encuentra en fase de crecimiento.

La edad mínima para ejercer una actividad asalariada en nuestro país es de dieciséis años desde la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales. La Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores ratificará dicha edad mínima (art. 6.º 1) ⁵⁴. Dicha edad es la contemplada como la de la escolaridad obligatoria en el ordenamiento legal educativo desde la aprobación de la LOGSE (art. 17).

Sin embargo, dicho umbral legal no es absoluto teniendo varias excepciones:

- Se eleva a dieciocho años tratándose de **trabajos nocturnos, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos** ⁵⁵ (Decreto del 26 de julio de 1957, art. 6.º 2 del TRLET y art. 80.6 de la Ley 27/1999 de Cooperativas).
- Se reduce para el **empleo en espectáculos públicos** «*siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana*», tras autorización administrativa por parte de la Autoridad Laboral ⁵⁶.

⁵³ Anónimo: Discriminación. *Trabajo*, n.º 45, diciembre 2002, pág. 24.

⁵⁴ Es también la edad mínima para ser socio cooperativista (art. 80.2 de la Ley 27/1999 de Cooperativas).

⁵⁵ Uno de los objetivos de la adopción por parte de la OIT del reciente Convenio 182 fue precisamente la «adopción de medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil» entre las que enumera a todo aquel trabajo que «por naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños» [art. 3.º d)].

⁵⁶ Dicha posibilidad consta en los siguientes cuerpos normativos: TRLET (art. 6.4), Real Decreto 1435/1985 que regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (art. 2.º), Real Decreto 2816/82 aprobando el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas [arts. 57.1, 74.2 a) y 81.20].

- Para la duración de las **jornadas de trabajo**: los trabajadores menores de 18 años no pueden realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (incluyendo el tiempo dedicado a la formación) [art. 34.3 TRLET, art. 83.1 b) de la Ley 27/1999 de Cooperativas, art. 1.º 3 del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo]. La realización de **horas extraordinarias** está prohibida para menores de dieciocho [art. 6.º 3 TRLET y art. 83.1 b) de la Ley 27/1999 de Cooperativas].
- En el caso de **tareas de ayuda familiar** sin relación asalariada no hay límite legal alguno al entenderse inexistente el vínculo contractual laboral [art. 1.º 3 e) TRLET, aunque dicha disposición deja abierta la presunción *iuris tantum*]. Sin embargo, la sentencia de 7 de septiembre de 1995 del Tribunal Supremo (sala contencioso-administrativa) entiende que la prohibición genérica del artículo 6.º TRLET es también aplicable *eo ipso* a los trabajos familiares.
- En el **empleo por cuenta propia**, en el cual la única norma restrictiva es la edad mínima para poder afiliarse al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos ya que dicha forma de autoempleo está excluida del Estatuto de los Trabajadores (Decreto 2530/1970 por el que se regula el Régimen Especial Trabajadores Autónomos, arts. 3.º y 5.º)⁵⁷.
- **En algunas profesiones** (personal de vuelo, vigilante jurado de seguridad, empleado público, etc.) la edad mínima se eleva a dieciocho e incluso veintiún años.

Se puede afirmar que con esta normativa, España cumple con los límites genéricos establecidos por los Convenios de la OIT⁵⁸ y demás instrumentos internacionales en la materia ratificados por nuestro país, aunque sería deseable una mayor intensidad en el esfuerzo por el control de dicha legislación así como una clarificación sectorial de qué trabajos quedan claramente excluidos para los menores. España aún no ha puesto al día su vetusta normativa de 1957 sobre los trabajos prohibidos a los menores a pesar de los mandatos legales reiterados (art. 6.º 2 TRLET y art. 27.2 la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales), de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la necesaria transposición de la Directiva 94/33/CE sobre la Protección de los Jóvenes en el Trabajo⁵⁹.

Por lo que concierne a los **exámenes médicos de admisión** a un trabajo para los candidatos menores de edad, la normativa internacional ratificada por España ha tenido escaso impacto en nuestro ordenamiento (salvo los reconocimientos médicos de ingreso a la actividad minera que están regulados expresamente por la Orden de 19 enero de 1973 sobre el examen médico de aptitud de los menores de veintiún años para el empleo en trabajos subterráneos en las minas).

⁵⁷ Se ha admitido la afiliación y alta a este régimen especial de un menor emancipado: TSJ Andalucía 27 de febrero de 1996 (Ar. 337), TSJ Galicia de 8 de mayo de 1998 (Ar. 967), TSJ Murcia de 6 de mayo de 2002 (AS 2002,1633).

⁵⁸ Los convenios de la OIT más modernos sobre esta materia establecen generalmente la edad de quince años como tope mínimo para el trabajo asalariado, elevándolo a dieciocho años en el caso de trabajos especialmente insalubres o peligrosos (véase convenios 58, 112 y 138 de dicha Organización).

⁵⁹ Dicha directiva tenía como fecha límite de transposición al ordenamiento interno la de 22 de junio de 1996. Para un estudio global sobre la adaptación del ordenamiento español a las normas internacionales sobre protección de la infancia, véase el estudio de Sara RUANO ALBERTOS: *El trabajo de los menores a la luz de la legislación internacional y comunitaria*. Madrid 2001.

España ratificó en 1971 los Convenios 77 y 78 de la OIT sobre Examen médico de los menores obligándose por ello a instaurar un sistema de exámenes médicos previos al empleo de los menores de 18 años de edad ⁶⁰. La Comisión de Expertos de la OIT en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha enviado reiteradas Observaciones a nuestro país sobre la «ausencia de disposiciones que establezcan de manera expresa la obligación de un minucioso examen médico de aptitud para el empleo de los menores en el ordenamiento interno español» ⁶¹.

Hay toda una normativa en el campo de la Prevención de Riesgos Laborales en lo que atañe a riesgos concretos (*Amianto, Ruido, Riesgos Químicos*, etc.) que no contempla la exclusión de los jóvenes (p. ej. no está claro que un menor de edad pueda trabajar expuesto a **amianto**, fuera de la industria textil que sí está excluido por el Decreto de 1957). Esta incongruencia también se da –aunque no sea normativa sobre prevención laboral de riesgos en sentido estricto– en el caso de la normativa sobre **explosivos** (Reglamento de Explosivos aprobado por RD 230/1998) donde no se limita en ningún momento su uso ni fabricación a los menores ⁶², mientras que el Decreto de 1957 y la Directiva comunitaria los prohíben taxativamente (Anexo II de la Directiva, grupo VIII del Decreto de 1957).

El **buceo profesional**, una de las actividades prohibidas en la Directiva (Anexo I.1), está presente en el listado de prohibiciones de 1957 en el apartado «Industrias de la Construcción» (grupo IX), pero ha dejado de estar prohibido para menores en la nueva normativa estatal sobre buceo (Orden del Ministerio de Fomento de 14 de octubre de 1997). La aprobación en 1997 de la normativa sobre **manipulación de cargas** (RD 487/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas) fue una oportunidad perdida para poner al día lo estipulado en el artículo 1.º del Decreto de 1957 en lo que atañe al transporte de carga por menores (la Recomendación 128 de la OIT sobre el Peso Máximo recomienda que se eleve a dieciocho años la edad mínima para la afectación a este tipo de tareas).

Falta una regulación concreta sobre la autorización por parte de las autoridades laborales del trabajo de menores de 16 años en espectáculos públicos. El procedimiento previsto en el artículo 3.º del Decreto de 1957, según el cual la Inspección de Trabajo puede acordar derogaciones individuales a la incorporación de menores a trabajos prohibidos, tampoco está desarrollado.

La normativa educativa sobre prácticas en Formación Profesional y sobre tareas en Laboratorios y Talleres escolares debería establecer explícitamente que el alumno tiene derecho a una adecuada protección de su salud y seguridad. También habría que incidir en que las agencias intermediarias en el mercado de trabajo (ETT, empresas de selección, etc.) no deberían «*recurrrir al empleo infantil ni ofrecerlo*» (tal y como estipula el art. 9.º del Convenio 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, ratificado por España en 1999).

⁶⁰ Esa misma obligación figura en la Carta Social Europea (versión refundida 1996), en su artículo 7.º 9. Dicha Carta también ha sido ratificada por nuestro país (sin reservas) (es bastante frecuente la confusión con las cartas comunitarias).

⁶¹ El artículo 27 LPRL alegado por España se refiere a una «evaluación de los puestos de trabajo» a ser desempeñados por menores de 18 años pero ello no conlleva automáticamente un examen médico. Hasta la fecha de este trabajo, España sigue incumpliendo dichos Convenios. La última solicitud de explicaciones por parte de la OIT data de 2002.

⁶² Supone un claro retroceso en comparación con lo que disponía el anterior Reglamento (RD 2114/1978) que en su artículo 18 (en redacción modificada por el RD 829/1980) prohibía la fabricación de artículos pirotécnicos por menores.

Cabría sugerir que en nuestro país los servicios y profesionales encargados de verificar la idoneidad de los candidatos a un puesto de trabajo contaran con guías de actuación en lo concerniente a la licitud y ajuste de las pruebas a la normativa citada para los candidatos jóvenes.

Trabajadores de edad avanzada.

El TRLET (en su redacción de 1980) ⁶³ establecía una edad máxima para trabajar de 69 años, sin perjuicio de una edad posterior para completar los períodos de carencia para jubilación. Dicha disposición fue declarada parcialmente inconstitucional por Sentencia TC 22/1981, de 2 de julio, interpretada como norma que establecía una incapacitación genérica para trabajar a partir de los 69 años permitiendo dicho tribunal una jubilación forzosa sólo en determinados supuestos.

Dicha disposición adicional 10.^a ha sido derogada finalmente por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. En la Exposición de Motivos de este Decreto-Ley, se indica: «... merece destacarse la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas».

Hoy en día, el aumento de la esperanza de vida ha permitido que el trabajador senescente se sienta válido y útil a las edades en que se produce la jubilación y demanda cada vez más jubilaciones flexibles que, de forma parcial o total, le permitan seguir insertado en el mercado laboral.

Por ahora, la OIT sólo ha adoptado un instrumento específicamente consagrado a los problemas de los trabajadores de edad, pero de escasa fuerza normativa. Se trata de la Recomendación 162 sobre Trabajadores de edad (1980) donde sugiere medidas genéricas antidiscriminatorias y protectoras.

En la Carta Social Europea del **Consejo de Europa** (versión revisada de 1996) figura contemplado en su 23.1 el derecho de las personas de edad avanzada a seguir siendo «durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad» ⁶⁴.

En **Estados Unidos de América** hay muchos estados que se han dotado de leyes específicas para combatir esta discriminación por edad. A nivel federal, ese país cuenta desde 1967 con la **The Age Discrimination in Employment Act** (ADEA) que prohíbe a los empresarios discriminar por razón de edad (a los mayores de 40 años).

⁶³ Disposición adicional 5.^a después renumerada como 10.^a.

⁶⁴ El anexo de la Carta, que forma parte integrante de la misma, determina que la expresión «durante el mayor tiempo posible» de este párrafo se refiere a las «capacidades físicas, psicológicas e intelectuales de la persona de edad avanzada».

En **Canadá**, además de la normativa prohibiendo las discriminaciones por edad, existe jurisprudencia al respecto, como por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Comission ontarienne des droits de la personne versus Etobicoke* (1992). En dicha sentencia, el tribunal consideró ilícita la decisión de jubilación forzosa de los trabajadores municipales de Etobicoke a los 60 años conforme a una cláusula del convenio colectivo.

d) Por características antropométricas (peso, estatura, etc.).

La utilización de criterios de diferenciación fisiológicos o corporales en los mecanismos de ingreso a una empresa o trabajo data ya de antiguo. Los datos que, en este sentido, son de indagación preferente son: el peso corporal, la estatura, medidas de esfuerzo (todo ello sin entrar en el resbaladizo ámbito de las preferencias de acceso por determinadas apariencias corporales ⁶⁵ o preferencias sexuales ⁶⁶).

El **Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos** de la Unión Europea, publicó el 1 de agosto de 2003, un **Documento sobre Biometría** en el que se delinearán varios principios básicos como: finalidad, proporcionalidad y transparencia para hacer frente a los nuevos retos planteados. El Grupo opina que la mayor parte de los datos utilizados en Biometría implican el tratamiento de datos personales y que, por consiguiente, es necesario respetar plenamente los principios de la protección de datos de la Directiva 95/46/CE teniendo en consideración, entre otras cosas, la capacidad de la Biometría de recopilar datos sin el conocimiento del interesado y la casi seguridad del vínculo con la persona ⁶⁷.

La **Organización Internacional del Trabajo** (91.ª Conferencia, año 2003) adoptó el Convenio 185 (revisado) sobre los Documentos de Identidad de la Gente de Mar que establece el uso de una plantilla biométrica basada en dos huellas digitales del marino en un código de barras en 2D estandarizado, que se incluirá en el nuevo modelo de Documento de Identidad de la Gente de Mar. Dicha conferencia solicitó asimismo al Director General de la OIT iniciar el estudio para adoptar «una norma mundial interoperable sobre biometría».

⁶⁵ La Ley de 1977 sobre Derechos Humanos del Distrito de Columbia (Estados Unidos) prohíbe la discriminación en el empleo fundada en la apariencia personal. Diversos tribunales han estimado discriminatorio exigir una determinada apariencia solamente a ciertos colectivos como las mujeres (caso *Gerson versus Continental Airlines*, año 1983, un tribunal federal de Estados Unidos consideró ilícito que se exigieran condiciones de peso solamente a las azafatas de sexo femenino). En Francia, la Ley de 16 de noviembre de 2001 ha extendido el campo de la lucha contra las discriminaciones ilícitas en el artículo L.122.45 del Código del Trabajo a cuatro nuevos campos entre los que está la «apariencia física».

⁶⁶ Aunque todavía no hay un debate en España al respecto, la transexualidad y/o la orientación sexual de un candidato también pueden ser fuente de discriminaciones en el acceso al trabajo (CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid 2001).

⁶⁷ No todos los elementos biométricos son equivalentes y el índice de diferenciación de una persona frente a otra es muy diferente, en función del tipo de biometría utilizada. Los elementos biométricos más distintivos parecen ser el ADN, la retina, la voz y las huellas digitales.

La Comisión de Derechos de la Persona de la provincia de **Ontario** (Canadá) hizo público 19 de junio de 1996 un documento intitulado «**Política sobre el peso y el tamaño como exigencias profesionales**» en el que estima que hay muy pocos casos en los que esas exigencias estén justificadas. Para dicha comisión, una política empresarial que imponga esos criterios para acceder a un puesto debe cumplir dos criterios para no incurrir en discriminación ilícita: que haya un nexo objetivo entre el requisito y el empleo y que la aplicación de dicha política empresarial se haga según criterios de buena fe contractual.

El **Tribunal Supremo** español, en una Sentencia de 27 de diciembre de 1999, entiende que la estatura como criterio de ingreso al trabajo no es discriminatoria en función de la propia naturaleza del trabajo a desarrollar (se trataba en esta litis de los azafatos de una línea aérea). La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó el 11 de noviembre de 2003 una sentencia del Juzgado de lo Social n.º 9 de Sevilla que condenó en 2002 a la Consejería de Obras Públicas y Transportes por vulneración del Derecho a la Intimidad por exigir datos biométricos a sus empleados –sin consentimiento previo de los mismos– para incluirlos en una Base de Datos de Control Horario ⁶⁸.

e) Por características genéticas.

Es un hecho que las empresas han solido discriminar, sobre bases «*genéticas*», utilizando criterios fenotípicos obvios tales como la «*apariencia*», el sexo, la estatura, etc. Lo que resultará novedoso en la actualidad es la posibilidad de selección sobre criterios genotípicos *strictu sensu* (posibilidad futura de desarrollar una condición) más que en lo estrictamente fenotípico.

En 1995 la OIT publicó un **Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores** (ya mencionado más arriba en este trabajo) en el cual es de interés el siguiente epígrafe: «*los exámenes genéticos deberían prohibirse o limitarse a los casos expresamente autorizados por la legislación nacional*». En el comentario que figura al final del Repertorio se dice sobre estos exámenes que no deberían dejarse a la discrecionalidad de los empleadores, deberían limitarse a casos muy excepcionales justificados por motivos imperiosos y que no haya otra solución.

Según el documento de la OIT **Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores** (1998) ⁶⁹. «*Actualmente, existe la opinión general de que el cribado genético aplicado al trabajo constituye una violación desproporcionada de los derechos individuales. La presente situación de los conocimientos con respecto a ello no resulta suficiente para recomendar su utilización en la salud en el trabajo*».

⁶⁸ Se trataba de la Base de Datos del Sistema de Información de RRHH-SIHUS. El sistema que fue utilizado (Fingers scan 20) realiza una holografía de la superficie digital de la persona.

⁶⁹ Se puede descargar una copia en español en la dirección: www.copardom.org.do/documentos/s000010.pdf

La UNESCO, que lleva muchos años interesándose por el campo de la Bioética, aprobó el 11 de noviembre de 1997 por aclamación la **Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos**. Aunque en ella nada se dice explícitamente sobre los análisis genéticos para acceder al trabajo, algunos principios serían de aplicación indirecta como el de confidencialidad –art. 7.º–, consentimiento informado –art. 5.º– y el de no discriminación –art. 6.º–. En el preámbulo de esta Declaración se cita el Convenio 111 de la OIT sobre igualdad de trato en el empleo ⁷⁰.

Consejo de Europa.

Cuenta con importantes instrumentos con incidencia directa en la práctica de pruebas psicofísicas para acceder a un trabajo. Por un lado, el ya citado **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, cuyos artículos 8.º (respeto a la intimidad), 14 (derecho a no ser discriminados) pueden ser citados como salvaguardia. Por otro lado, dispone de la **Carta Social Europea** (versión refundida 1996) y, sobre todo, del **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina**. Sobre la práctica de los test genéticos, el texto del Convenio indica en su artículo 12 que ese tipo de exámenes sólo podrá ser realizado *«con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado»*.

Sin embargo, en los comentarios a dicho artículo redactados por el Comité Director para la Bioética (CDBI) –grupo de trabajo que elaboró el proyecto de Convenio y que quedó institucionalizado en los arts. 29 y 32 del mismo– hace interpretaciones más matizadas e incluso contradictorias ⁷¹.

La **Recomendación R(97)5 del Consejo de Europa relativa a Protección de los Datos médicos automatizados** (13 de febrero de 1997) ⁷² establece que *«la colecta y tratamiento de datos médicos es posible para cumplir una obligación contractual específica»* [art. 4.º 3 punto b(iii)]. En dicho punto se considera lícita esa colecta y tratamiento *«para salvaguardar los intereses vitales de la persona afectada o de una tercera persona»*. La colecta y tratamiento de datos genéticos están reservados a objetivos como prevención, diagnóstico y tratamiento.

Hay una salvedad a la que podrían acogerse los test genéticos ocupacionales: *«La colecta y tratamiento de datos genéticos para despistar enfermedades pueden ser permitidos en caso de interés superior y a condición de que existan garantías apropiadas definidas por la ley»* punto 4.9 (*in fine*).

En la **Unión Europea**, hay que citar el trabajo del **Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y de las Nuevas Tecnologías** que emitió un dictamen en julio de 2003 bajo el título de **Aspectos éticos de las pruebas genéticas en el lugar de trabajo** donde comenta que *«hasta la fecha no se han obtenido datos concluyentes sobre la pertinencia y fiabilidad de las pruebas genéticas existentes en el con-*

⁷⁰ UNESCO: Déclaration Universelle sur le Génome Humain et les Droits de l'Homme. UNESCO, París 1997.

⁷¹ «Quedan excluidos, pues, los tests genéticos predictivos en el contexto de los exámenes médicos previos al ingreso cuando no persigan un objetivo de salud para la persona en cuestión. Esto significa que, en circunstancias particulares y cuando las condiciones de trabajo puedan acarrear consecuencias perjudiciales para la salud de una persona a causa de su predisposición genética, podrían ser propuestos tests genéticos predictivos sin perjuicio del objetivo de mejora del marco laboral».

⁷² En principio, esta recomendación sólo se aplica a datos médicos informatizados aunque la norma deja abierta la posibilidad a los Estados de extender sus principios a los datos no informatizados.

texto laboral y su valor predictivo sigue siendo dudoso». Por consiguiente, sigue el dictamen, no cabe permitir una discriminación de las personas sobre la base de una información que, en términos predictivos, no puede considerarse definitiva en la mayoría de los casos, tanto porque sus efectos dependen de la combinación con otros factores (medioambientales, por ejemplo) como por razones de probabilidad.

El **Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos** en la UE (creado por la Directiva 95/46/CE) aprobó el 24 de septiembre de 2003 un documento intitulado **Marco comunitario para la protección de los datos personales de los trabajadores en el contexto laboral**. Entre las conclusiones de dicho documento se dice que «*debía prohibirse en principio el tratamiento de datos genéticos en el contexto laboral*». El Grupo de Trabajo añadió que el tratamiento de estos datos sólo debía autorizarse en circunstancias realmente excepcionales y teniendo en cuenta la prohibición de tratamiento que ya está en vigor en varios Estados miembros ⁷³.

Estados Unidos de América.

A principios de los ochenta, el diario *New York Times* ofreció una serie de reportajes monográficos sobre los test genéticos. Esto hizo crecer la conciencia de gravedad en la sociedad estadounidense y llevó a que el Congreso nombrara un Sub-Comité para el estudio de las implicaciones de dichas técnicas. Con gran sorpresa para los parlamentarios, el 2% de las empresas que respondieron a un cuestionario respondieron que ya hacían ese tipo de exámenes en candidatos para el empleo. Dicho porcentaje se elevaba al 16% en cuanto a las intenciones de aplicarlas en el futuro ⁷⁴.

En 1994, la Academia Nacional de Medicina (División de Política de las Ciencias de la Salud) emitió un informe denominado «**Assessing Genetic Risks**» ⁷⁵ en el que recomienda que «la legislación prohíba a los empleadores recoger información genética sobre sus empleados actuales o futuros a menos que se demuestre claramente la relación con el puesto de trabajo».

El presidente Clinton aprobó el 8 de febrero de 2000 la Orden Presidencial 13145 que prohíbe los test de aptitud genéticos para los empleados federales. Hay legislación que prohíbe esos test en 22 estados de la Unión. La más ambiciosa de todas parece ser la de California, que entró en vigor en 1999 y «*prohíbe la discriminación laboral contra aquellos que padezcan una tendencia genética a padecer una enfermedad*». Exceptúa de su aplicación a las empresas con plantillas inferiores a 15 empleados o que sean de carácter religioso o sin ánimo de lucro.

En estos últimos veinte años ha habido diversas iniciativas legislativas en el Congreso intentando extender la prohibición de estas técnicas al sector privado de todo el país. El último proyecto de ley se denomina «*Proyecto S.306 Ley sobre No Discriminación Genética*» y se encuentra aún en trámite de estudio en el Senado.

⁷³ En el informe «Documento de trabajo sobre datos genéticos», que data de 17 de marzo de 2004, dicho Grupo de Trabajo reitera que «el tratamiento de datos genéticos sólo podrá autorizarse en el contexto laboral y de los seguros en casos realmente excepcionales, previstos por la Ley, para proteger a las personas contra toda discriminación basada en su perfil genético».

⁷⁴ UZYCH, L.: «Genetic Testing data». *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, vol. 38, n.º 1 (1996), 13.

⁷⁵ National Academy of Medicine: «Assessing Genetic Risks». Washington D.C. 1994, pág. 24.

A nivel jurisprudencial cabe citar la importante sentencia en 2001 de un tribunal federal de Iowa en la que se condena a la compañía de ferrocarriles «Burlington Northern Santa Fe Railroad» a cesar su campaña de despistaje genético (dicha compañía practicaba desde el año 200 exámenes hematológicos a la busca de alguna alteración en el cromosoma 17, que se estima es un predictor de síndrome del túnel carpiano).

Canadá.

El Comisariado para la Protección de la Vida Privada aprobó en 1995 un documento titulado **Test Genético y Vida Privada** en el que recomienda que *«los empleadores deberían ver denegada de forma general la recogida de informaciones genéticas personales de sus empleados o de los candidatos a un empleo por medio de test genéticos obligatorios o voluntarios. No obstante, se debería permitir la práctica del despistaje de empleados o de candidatos que se presentaran de forma voluntaria siempre que éstos mantengan en control absoluto de las muestras genéticas y de toda la información personal que guarde relación con los mismos»*.

Otros países.

La tradición francesa de creatividad normativa en el campo de la Bioética se puede ver en este campo con la última reforma acometida por la Ley 2004/800 que introduce un capítulo en el Código Civil que pasa a denominarse *«Del examen de las características de una persona y de la identificación de una persona por sus huellas genéticas»*.

El artículo 16.10 (inserto en la parte reformada del Código Civil) queda redactado como sigue: *«Artículo 16.10. El examen de las características genéticas de una persona no puede emprenderse más que con fines médicos o de investigación científica. El consentimiento expreso de la persona debe ser recogido por escrito con anterioridad a la realización del examen, después de que haya sido debidamente informada de su naturaleza y de su finalidad. El consentimiento debe mencionar la finalidad del examen. Es revocable sin ninguna formalidad y a todo momento»*.

Las prácticas contrarias a lo dispuesto en dicho artículo están tipificadas en el nuevo Código Penal francés (art. 2.º párrafos 25 y 26) siendo castigadas con un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

El Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud (CCNE) ha emitido también dos documentos: la Opinión, N.º 30 (27 de enero de 1992) titulada *«Cuestiones éticas planteadas por la obligación de test genéticos para las participantes en los Juegos Olímpicos de Albertville»* y la Opinión, N.º 46 (30 de octubre de 1995) que versa sobre *«Genética y Medicina: de la predicción a la prevención»*.

Entre las conclusiones de dicha Opinión 46 podemos leer que: *«La utilización de los resultados de un examen de las características genéticas, con fines distintos a los médicos o de investigación, por ejemplo en el marco de un contrato de seguro o de empleo, queda prohibida»*.

«Los casos donde el examen de las características genéticas puede revelarse útil para prevenir una enfermedad profesional, son escasos en el estado actual de los conocimientos. La utilización de los test genéticos en el marco de la medicina del trabajo debe pues ser excepcional y estrictamente reservada a casos enumerados de forma limitada, para los cuales el riesgo para el individuo está suficientemente establecido y no puede ser suprimido por la mejora del medio laboral».

En la segunda parte de la Opinión, que no goza de la autoridad y compromete menos que la primera parte, dicho organismo francés enumera riesgos potenciales ligados a la utilización de estas técnicas por parte de los empleadores. Por ejemplo, en esa segunda parte se previene contra el peligro de que la presión social empresarial convierta esos test en requisitos favorables para la contratación. Con la normativa francesa en la mano, la única forma de practicar dichas técnicas sería acogiendo a la libertad del médico del trabajo de poder solicitar todo tipo de exámenes complementarios necesarios para el despistaje de las afecciones que conlleven una contraindicación al puesto de trabajo.

Como bien dice esa parte del Informe «Mientras no se le asegure al Médico del Trabajo un estatuto que le asegure su autonomía, su papel seguirá siendo ambiguo» ya que, en el estado actual de la normativa en ese país, dichos médicos son asalariados de la empresa.

El 28 de enero de 2003 fue promulgada en Bélgica la Ley relativa a los Exámenes Médicos en el ámbito de las relaciones de trabajo que prohíbe «el examen genético preventivo y el test de despistaje de la infección por VIH». Ya en 2002, el Comité Nacional de Bioética había emitido su Opinión, n.º 20 relativa a los test genéticos predictivos y a los test VIH en el marco laboral (noviembre 2002) Asimismo se han pronunciado sobre este tema los consejos nacionales de bioética de Dinamarca (1993), Italia (1999) y Grecia (2002).

En 1991, la Constitución federal suiza fue enmendada para introducir medidas para respetar el patrimonio genético humano. Como desarrollo posterior, el Consejo Federal tiene el proyecto de aprobar una Ley especialmente consagrada a las técnicas genéticas.

En Austria, la Ley Federal 510/1994, de 12 de julio de 1994, sobre las Técnicas Genéticas limita la utilización de dichas técnicas a los fines médicos o científicos. Queda expresamente prohibido a los empleadores y compañías de seguros solicitar o aceptar los resultados de test genéticos ⁷⁶.

Según establece la Ley noruega de 5 de agosto de 1994 relativa a la utilización médica de la Biotecnología los test genéticos no pueden ser utilizados más que con fines médicos o de investigación. Aunque no esté expresamente prohibido, los empleadores se encuentran con una prohibición general de facto ⁷⁷.

En Argentina, la ciudad autónoma de Buenos Aires cuenta desde el 27 de junio de 2000 con la Ley 421 de Protección contra la Discriminación Genética, cuyo artículo 2.º establece que «Queda prohibido en cualquier ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la realización de estudios genéticos en exámenes pre-ocupacionales».

⁷⁶ SIROUX, DANÈLE: «Reglementation à l'étranger», Cahiers du CCNE, n.º 6, 1996, págs. 45-48.

⁷⁷ SIROUX, véase nota anterior.

España.

No existe en nuestro ordenamiento ningún cuerpo o norma dispositiva que haga referencia directa a los exámenes de tipo genético para acceder a un empleo. De una forma indirecta esto se está ya haciendo en algunas normas que regulan exámenes médicos en el campo de la prevención de riesgos laborales ⁷⁸. De algún apoyo, aunque más por vía de interpretación analógica, podría ser la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal, dada la vulneración evidente de un patrimonio tan consustancial a la personalidad humana en que se puede incurrir con estas técnicas. Asimismo, al ser una norma válidamente ratificada por nuestro país, sería posible recurrir al ya citado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, que forma parte plenamente de nuestro ordenamiento.

Asimismo, se podría recurrir a las ya bastante numerosas reglas de consentimiento esparcidas por nuestro ordenamiento, como por ejemplo, el artículo 2.º 2 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente que eleva a rango de «principio básico» *«que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios»*. Sobre la intimidad, en dicha ley se dice que *«toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin su previa autorización amparada por la Ley»*. El Capítulo IV está consagrado monográficamente a *«El respeto de la autonomía del paciente»* y consta de varias disposiciones sobre consentimiento informado, información en el SNS, e instrucciones previas.

Sólo dos leyes autonómicas de derechos del paciente consagran alguna disposición a la prohibición de recurso a técnicas genéticas con fines discriminatorios: la Ley 2/2002 de La Rioja y la Ley 6/2002 de Aragón.

Un recurso indiscriminado a este tipo de técnicas en el acceso al empleo rompería el principio sinalagmático inherente a la relación laboral pudiéndose proponer que *-de lege ferenda-* sea una Agencia pública (Agencia Española de Protección de Datos u otra creada *ex novo*) la que sea encargada de admitir estas técnicas como obligatorias en casos muy tasados, cuando no sea posible evitar el riesgo para la persona o terceros por otros procedimientos, con el previo conocimiento de la persona y de los representantes de personal ⁷⁹ y habiendo solicitado informes previos a las sociedades científicas pertinentes.

⁷⁸ Véanse, por poner dos ejemplos, los listados de procesos inhabilitantes para determinados trabajos que incluyen enfermedades de origen genético y, por otro lado, la técnica de diagnóstico precoz de intoxicación por insecticidas organofosforados (se utiliza una determinación biológica de una enzima cuyos niveles en sangre vienen determinados genéticamente).

⁷⁹ Véanse los estudios doctrinales de Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ («Pruebas Genéticas en Derecho del Trabajo», Madrid 1999), Luis A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN («Las Facultades Empresariales de control de la actividad laboral», Pamplona 2003), Francisco J. CALVO GALLEGO («Tests genéticos y Vigilancia de la Salud del Trabajador», publicado en 2004 en la página web del departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Huelva).

3. ORIGEN NORMATIVO DE LA OBLIGATORIEDAD DE DICHAS TÉCNICAS

Desde un punto de vista de Derecho Sanitario, la práctica de técnicas obligatorias sobre la salud individual y colectiva tiene ya un largo recorrido, remontándose en la noche de los tiempos las medidas de cuarentena y aislamiento coercitivo en casos de epidemias. La actuación de las autoridades sanitarias de cada época se ha dirigido en muchos casos a limitar derechos fundamentales pudiendo enumerar, sin ánimo de exhaustividad:

- Los aislamientos de enfermos infecciosos.
- Los internamientos psiquiátricos.
- Las vacunaciones obligatorias.
- El cierre de establecimientos.
- Esterilización de discapacitados mentales.
- Los exámenes médicos obligatorios (inmigración ⁸⁰, escolares ⁸¹, etc.).

Modalidades Técnicas.

Más concretamente, en el ámbito que nos ocupa, las técnicas obligatorias de determinación de la aptitud psicofísica para ejercer un trabajo pueden ser alguna de las enumeradas en el siguiente cuadro:

Reconocimientos médicos (con o sin pruebas complementarias)
Pruebas de esfuerzo
Determinación de drogas/alcohol en productos biológicos
Test genéticos
Prueba de embarazo
Biometría (peso, estatura, etc.)
Test psicotécnicos

⁸⁰ Con base legal en el Reglamento Sanitario Internacional que establece la obligatoriedad de la vacunación antiamebiana (art. 73) pero sólo para aquellas personas que deseen salir de una zona afectada. Dicho texto, que es un tratado internacional de la OMS ratificado por España, ha sido objeto recientemente de revisión y adaptación al progreso científico en el seno de la OMS.

⁸¹ La base 14.ª de la aún vigente Ley de Bases de Sanidad Nacional establece que será obligatoria la vigilancia sanitaria de los escolares. Esta norma fue desarrollada por el Real Decreto de 15 de octubre de 1977 sobre Sanidad Escolar y por el Decreto de 25 de agosto de 1978 sobre Servicios de Medicina e Higiene Escolar. Dichas normas obligan teóricamente asimismo a los docentes. Ahora prácticamente todas las Comunidades Autónomas han asumido dicha competencia y han dictado normativa sobre el particular (incluso, en algunos casos, con rango de ley).

Entre las diversas fuentes jurídicas que pueden obligar a este tipo de técnicas (sin mencionar la Ley Orgánica, que carecería de sentido en este ámbito salvo situaciones de riesgo grave y generalizado ⁸²), empezaremos tratando las normas de rango legal.

La vigente LPRL, en contraposición al principio *omnibus* imperante en nuestro ordenamiento anterior (normativa de los Servicios Médicos de Empresa ⁸³), establece que la realización de los exámenes médicos será, como principio general, de carácter voluntario, excluyendo de dicho principio general aquellos casos en que (art. 22.1):

«La realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los 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.»

La excesiva generosidad de las excepciones al principio general de la voluntariedad ha sido criticada de forma prácticamente unánime por la doctrina iuslaboralista ya que, por esta vía, se consigue precisamente lo contrario: convertir a todos los reconocimientos en obligatorios y pugnar con el derecho de la persona a la disponibilidad sobre la propia vida y salud. Así se expresa por ejemplo la profesora Esther SÁNCHEZ TORRES («El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales»): «No cabe duda, a nuestro juicio, de que el "principio de voluntariedad" tal y como está formulado en el artículo 22, puede dar lugar a conductas ciertamente abusivas por permisivas». MONTOYA MELGAR y PIZA GRANADOS opinan que «la extensión de estos supuestos es tan amplia que lo que la ley parece presentar como un principio general (el de la necesidad de consentimiento del trabajador o para que los reconocimientos se lleven a cabo) queda reducido a mera excepción» ⁸⁴.

Ya en trámite parlamentario, a su paso por las dos cámaras, este artículo –cuando aún se encontraba en fase de Proyecto de Ley– fue criticado por estas mismas razones por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), presentando éste sendas enmiendas ⁸⁵ en las que proponía la eliminación de la frase «para el mismo» del párrafo segundo del artículo 22.1. Las razones esgrimidas eran del siguiente tenor: «No parece admisible que sea causa suficiente para obligar a un trabajador a que se someta, contra su voluntad, a un examen médico en el que su salud sea un "peligro para él mismo". Consideramos que tal previsión es atentatoria contra los derechos fundamentales de la persona y por tanto debe ser suprimida» .

⁸² En cuyo caso existiría cobertura legal merced a la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

⁸³ El artículo 45 del derogado Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa (OM de 21 de noviembre de 1959) establecía taxativamente la obligatoriedad de los reconocimientos en estos términos: «Ningún productor será admitido en las Empresas sin un reconocimiento previo». De todas formas, esta obligación no pasó de ser una mera declaración de intenciones dada la escasa dotación de medios personales y materiales para tan vasta tarea así como el escaso interés de las autoridades en hacer efectivo su cumplimiento.

⁸⁴ MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid 1996, pág. 90.

⁸⁵ Enmienda núm. 37 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) ante el Pleno del Congreso de los Diputados [BO de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), V Legislatura, serie A (Proyectos de Ley, 17 de marzo de 1995, núm. 99-5] y Enmienda núm. 68 del Grupo Parlamentario de Senadores Vascos (GPSNV) ante el Pleno del Senado [BO de las Cortes Generales (Senado), V Legislatura, serie II (Proyectos de Ley), 12 de septiembre de 1995, núm. 83 b)].

Dichas críticas al texto tal y como quedó formulado finalmente («peligro para él mismo») se basan en el derecho a la autodeterminación de la persona a decidir sobre su propia salud ya que si bien existe un derecho (constitucionalmente reconocido) a la salud, no existe un deber recíproco salvo en los casos en que dicha falta de salud atente contra los derechos de los compañeros de trabajo o de la colectividad ⁸⁶.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de comentar, en su sentencia 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, el artículo 22 LPRL estableciendo que «la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador; sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión».

De la misma forma, el vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 1/1994) establece la obligatoriedad de los reconocimientos médicos pero sólo para aquellos casos en que exista riesgo de padecer una enfermedad profesional de las reconocidas en nuestro ordenamiento (art. 196, «2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador (...) 3. Las indicadas empresas no podrán 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»).

Los reconocimientos médicos también pueden ser obligatorios porque venga así estipulado por una disposición normativa general que se escape del ámbito de la prevención de riesgos laborales (es el caso, por ejemplo, de la normativa para el ejercicio de ciertas profesiones ⁸⁷ o riesgos ⁸⁸) o bien por vía convencional o acuerdos de empresa (a veces, incluso pueden tener los dos orígenes).

En los reconocimientos médicos establecidos por Convenio Colectivo consultados se detecta una mayor inconcreción y carencia de salvaguardias y cautelas debido fundamentalmente a dos razones: de un lado, la desigual fuerza negociadora de la parte trabajadora y, por otro, la «fascinación» que provoca para ambas partes sociales el disponer de reconocimientos médicos (gratuitos para el trabajador) que se suelen confundir con unos meros exámenes de salud sin mayor repercusión legal ⁸⁹.

⁸⁶ El problema que se me plantea en este caso sería la posición en que quedaría el empresario si el trabajador asumiera ese riesgo por sí solo aun en el caso de que se recurriera a la firma por parte del candidato de un documento de exención de responsabilidad.

⁸⁷ Por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 339/1990 (Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial), que menciona los tests psicotécnicos en los artículos 4.º, 5.º y 60.

⁸⁸ Es el caso, por ejemplo, de los exámenes médicos estipulados en la Ley 25/1964 reguladora de la Energía Nuclear.

⁸⁹ Resultado negocial entendido por los trabajadores como logro «arrancado» a los empresarios, y entendido por éstos como forma de control de la idoneidad física de sus empleados y «consuelo» ante un complejo de mala conciencia. Un profundo repaso sobre estas técnicas en la negociación colectiva lo encontramos en el estudio de la profesora Carolina SAN MARTÍN: «La vigilancia de la salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos». *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 53, 2004, págs. 181-202.

La doctrina crítica mayoritariamente la licitud de esos reconocimientos médicos obligatorios por la sola fuerza de un convenio colectivo⁹⁰. El profesor GORELLI afirma al respecto que «no podría adoptarse a través de convenio colectivo la obligación laboral de revisiones médicas fuera del marco fijado por el artículo 22; es decir, revisiones sin que se requiera ese carácter "imprescindible". Esta situación afectaría a un derecho fundamental del trabajador como es la integridad física (art. 15 de la CE)»⁹¹. Otros iuslaboralistas consideran ilegales dichos reconocimientos dada la indisponibilidad del artículo 22.1 de la LPRL (SEMPERE NAVARRO y otros). Para el profesor GOÑI SEIN, fuera de los casos en que el convenio colectivo «colabora» complementando una norma de rango legal, los reconocimientos médicos impuestos por esta vía hacen que el trabajador pueda oponerse libremente⁹².

El Tribunal Constitucional parece venir en apoyo de esta opinión al afirmar que «el Convenio Colectivo no puede introducir en la regulación de los reconocimientos médicos (...) elementos incompatibles con la protección que otorga el artículo 18.1 CE, añadiendo restricciones no previstas en la Ley. En concreto, no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son ex lege, ni siquiera dotarles de una caracterización contraria a las directrices de la Ley, pues así se impone a tenor de la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales (art. 2.º 2 LPRL), ya que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo». (STC 196/2004 ya citada).

Otra forma, indirecta, de hacer obligatorio un reconocimiento médico de acceso a un empleo determinado es cuando se dispone por vía legal o reglamentaria que los candidatos han de someterse a ello para obtener una licencia de uso de una herramienta o útil indispensable para la ejecución del trabajo (es el caso, por ejemplo, de los Reconocimientos Psico-físicos obligatorios para la obtención de la Licencia de conducción de automóviles o de la Licencia de Vuelo o los requerimientos psico-físicos para obtener los permisos de armas).

Cada vez más, las empresas obligan a sus empleados, en el momento de la contratación, a suscribir una póliza con una Compañía de Seguros. Éstas suelen determinar que, para la suscripción de

⁹⁰ En un estudio comparativo sobre ciento catorce convenios colectivos realizado en 2001 por la Redacción de Ediciones Lefebvre, de aquellos que especificaban el requisito de recto. médico de inicio (15%), todos lo consideraban como obligatorio para la contratación [ref.: VILLALOBOS CABRERA, F. (coord.): Memento Práctico Francis Lefebvre-Prevención de Riesgos Laborales 2000. Madrid 2000]. Por ejemplo, en el artículo 7.º del Convenio Colectivo Nacional del Sector de las Harinas Panificables y Sémolas (BOE 17-8-2001) se establece en su artículo 27 la obligación «omnibus» de reconocimientos médicos para todo tipo de personal sin distinción con estas palabras: «Los trabajadores afectados por el presente Convenio básico, deberán ser sometidos por los servicios del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, sin ningún costo para la empresa y en horas de trabajo preferentemente, a una revisión médica general anual».

⁹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el Trabajo». En: OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (coord.): *La Prevención de Riesgos Laborales (Aspectos clave de la Ley 31/1995)*. Pamplona 1996, pág. 237.

⁹² GOÑI SEIN, J.L.: «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales». *Revista de Derecho Social*, n.º 5, 1999, págs. 49-74.

la póliza, sea obligatorio someterse a un reconocimiento previo. Este fenómeno, masivo en Estados Unidos, no está muy extendido en nuestro país, pero conforma una vía, también indirecta, de someter a reconocimiento médico obligatorio a un candidato a un empleo ⁹³.

Excursus sobre momento de realización del reconocimiento médico de ingreso.

Según establece el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 196 («Normas específicas para enfermedades profesionales») todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional deberán realizar «*un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos*» (el número 4 de dicho artículo establece, en régimen de excepción, que «*Las disposiciones de aplicación y desarrollo determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo*»).

Ello parece entrar en contradicción con lo señalado en el artículo 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997) que establece que la vigilancia de la salud consistirá en «*una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud*».

Hay diversas disposiciones de Derecho Internacional ratificadas por nuestro país que establecen asimismo dicha obligatoriedad previa [por ejemplo, el art. 11 del Convenio 148 OIT establece que «*la vigilancia de los trabajadores expuestos deberá comprender un examen médico previo al empleo*» y el art. 31.2 a) de la Directiva 96/29/EURATOM establece «*un examen médico previo a la contratación*»]. Asimismo se podrían citar algunos de los reglamentos sobre riesgos específicos, como por ejemplo los de Radiaciones Ionizantes, Amianto y Trabajadores de Empresas usuarias de ETT.

Razonando *a sensu contrario*, si se permitiera que los reconocimientos médicos de aptitud fuesen post-contractuales, se plantearían varios problemas:

- El trabajador se vería sometido a un medio laboral y condiciones de trabajo que eventualmente podrían ser de riesgo para él mismo.
- Se haría al empresario, que legalmente es «deudor de seguridad», responsable «a ciegas» de los daños (daños sufridos por el trabajador en su salud e incluso eventuales daños a terceros por la mala salud de su trabajador). No olvidemos que el artículo 12.7 del Texto Refundido

⁹³ Por último, y de forma aún más indirecta, nos podemos encontrar con la obligación de someterse a reconocimiento médico cuando se trata de un aspirante proveniente del extranjero que debe pasar reconocimiento para la obtención y renovación de su permiso de trabajo, aunque en este caso dicho reconocimiento tiene una finalidad teóricamente más relacionada con la prevención de entrada a nuestro país de enfermedades cuarentenables.

de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS) considera falta grave «la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales (...) así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales».

- Los derecho-habientes del trabajador podrían recurrir a la justicia en demanda de daños por someter a su familiar a riesgos sin saber si sus características psico-físicas eran compatibles con la tarea desempeñada.

Este dilema se podría resolver poniendo en juego el sistema de jerarquía normativa pero no deja de ser perturbadora esa discrepancia tratándose en ambos casos de protección de la salud laboral ⁹⁴.

No se puede negar, sin embargo, que algo de razón tienen los que critican a los exámenes previos a la contratación en el sentido de que éstos pueden derivar en una selección indirecta de índole sanitaria buscando un «tamiz» que dé a la empresa un entorno más «saludable» ⁹⁵.

4. TEST PSICOTÉCNICOS

Labor pionera en la instauración de pruebas psicotécnicas en forma de test la tuvo el psicólogo francés Alfred BINET (1857-1911). Asimismo, a principios del siglo pasado SPEARMAN publica su obra *Abilities* (1927). En el mundo laboral de nuestros días, ha adquirido una gran amplitud la adopción de herramientas psicométricas que evalúan a los candidatos a los distintos puestos de trabajo para indagar prospectivamente sobre sus habilidades futuras. La mayoría de las veces (aunque no en exclusiva) se recurre a profesionales del área de la Psicología Industrial, lo cual merece más garantías que la ejecución de dichas prácticas por mero personal subalterno que, a veces, no tiene titulación alguna ni destreza (ni conoce sus implicaciones) suficiente en el manejo de estos test.

Tras una reunión de expertos, la OIT publicó en 1995 un **Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores**. En este documento se dan recomendaciones de interés sobre la materia que estamos tratando:

«Las pruebas de personalidad o exámenes análogos deberían efectuarse de conformidad con las disposiciones del presente Repertorio a condición de que el trabajador tenga la posibilidad de rechazarlos.»

En el apartado de recomendaciones que figura al final del repertorio, los expertos reconocen que la posibilidad para un trabajador de rechazar estas técnicas «son limitadas» y que «procede refor-

⁹⁴ Es recurrente en los foros de salud laboral (internet) el debate sobre cuándo se ha de hacer la vigilancia sanitaria.

⁹⁵ Es aquí donde sería fundamental reforzar el estatuto de garantías de independencia de los profesionales que realizan estas técnicas (véase más adelante el epígrafe consagrado a las sugerencias de modificación normativa).

zar, por consiguiente, el consentimiento individual en función de los derechos individuales de los trabajadores. Cuanto más oportunidades se dé a sus representantes de influir en las prácticas de examen y prueba del empleado, tanto más real resultará la protección que ofrece el requisito del consentimiento. Hace falta una legislación nacional que especifique en qué medida se requiere el consentimiento de los representantes de los trabajadores y los requisitos que establezca para la aplicación de estas pruebas (por ejemplo, la confirmación de su validez, el hecho de que corran exclusivamente a cargo de especialistas que tengan ciertas calificaciones)».

En la mayoría de los países que fueron estudiados por la OIT en un estudio comparado de 1993, los test psicológicos para ingreso en un trabajo no estaban formalmente regulados, excepto en algunos casos para el acceso al empleo público (Austria, República Federal de Alemania).

En el apartado normativo, la norma fundamental de la OIT ⁹⁶ en este campo es la **Recomendación 195 sobre el Desarrollo de los Recursos Humanos: Educación, Formación y Aprendizaje permanente**, 2004. Se insta a los empleadores «públicos y privados a adoptar buenas prácticas en materia de desarrollo de los recursos humanos».

Según la disposición 11.^a de la mencionada recomendación, «Deberían adoptarse medidas, en consulta con los interlocutores sociales y basándose en un marco nacional de cualificaciones, para promover el desarrollo, la aplicación y el financiamiento de un mecanismo transparente de evaluación, certificación y reconocimiento de las aptitudes profesionales, incluidos el aprendizaje y la experiencia previos, cualquiera que sea el país en el que se obtuvieren e independientemente de que se hubiesen adquirido de manera formal o no formal. 2) Los métodos de evaluación deberían ser objetivos, no discriminatorios y vinculados a normas».

En **Estados Unidos de América**, ha sido muy importante la incidencia de las diversas leyes antidiscriminatorias (Civil Rights Act 1964, Americans with Disabilities Act, etc.) sobre este ámbito de las Técnicas Psicotécnicas. Como consecuencia de dichas leyes, como dijimos más arriba, el gobierno federal creó la Comisión Federal de Igualdad de Oportunidades en el Trabajo (EEOC) que aprobó en 1978 un reglamento denominado «Reglas sobre procedimientos de selección de empleados» (1978). En dicho documento, la agencia considera válidos dichos test en ciertas circunstancias, por ejemplo, en el caso de los bomberos, policías y pilotos aéreos.

Según establece la jurisprudencia estadounidense, los exámenes de aptitud psicológica serán lícitos siempre que, además de cumplir con los mandatos legales antidiscriminatorios, sirvan para evaluar las aptitudes de los candidatos y no para decidir si éstos adolecen de alguna enfermedad mental ⁹⁷.

⁹⁶ Ya en la Recomendación 87 OIT sobre orientación profesional (1949) (sustituída por la 150) se trataba sobre la materia de los tests psicológicos. El Convenio 88 sobre el servicio del empleo (1948) indica en su artículo 6.º que, entre los cometidos de dichos servicios con respecto a los demandantes de empleo, se encuentra «evaluar, si fuese necesario, sus aptitudes físicas y profesionales» así como «dirigir hacia los empleos vacantes a los candidatos que posean las aptitudes profesionales y físicas exigidas».

⁹⁷ Véase por ejemplo la sentencia en el caso *BARNES versus COCHRAN*, donde un juzgado de distrito en el sur de Florida estimó como contrario a la ley ADA la utilización de estos tests por incluir en la batería de pruebas el MMPI [Minnesota Multiphasic Personality Inventory] que también se usa para diagnosticar trastornos mentales.

En la provincia canadiense de **Quebec** existe un Código Deontológico del Colegio Profesional de Consejeros y Consejeras de Orientación desde 1981, con sucesivas reformas ⁹⁸ en el que se abordan temas relacionados con estos test. La Comisión de Derechos de la Persona de Quebec emitió en junio de 1998 una declaración intitulada «Test psicológicos y psicométricos en empleo» en la que hace un repaso a la incidencia de dichas técnicas en los derechos de los candidatos que se someten a ellas. Asimismo, a nivel federal, la Asociación Canadiense de Psicología ha publicado las «Recomendaciones para mejorar la protección del público contra el mal uso de los test» ⁹⁹.

En la cámara federal de **Brasil** se presentó una iniciativa de ley denominada «Projeto de Lei n.º 5.566, de 2001, que dispõe sobre a proibição do uso de métodos de recrutamento de pessoal que possam causar dano à honra e à dignidade do trabalhador».

Los manuales y libros de texto de Psicología Industrial ¹⁰⁰ más comúnmente utilizados en América del Norte suelen abordar la problemática sobre la incidencia de los exámenes de aptitud psicológica en los derechos de los candidatos.

En la **Unión Europea**, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos (establecido en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE) aprobó la Recomendación 1/2001 sobre los datos de evaluación de los trabajadores (22 de marzo de 2001).

En **Francia**, a partir de la reforma operada en su ordenamiento por el título V de la Ley de 31 de noviembre de 1992, se delinea el principio de pertinencia de estas técnicas ¹⁰¹. Dicha reforma introdujo en el Código de Trabajo el artículo L. 121.6 que estipula que «*Las informaciones solicitadas, bajo cualquier forma que sea, a un candidato a un empleo (...) Sólo pueden tener como finalidad apreciar su capacidad para ocupar el empleo propuesto o sus aptitudes profesionales. Esas informaciones deben presentar un nexo directo y necesario con el empleo propuesto o con la evaluación de las aptitudes profesionales*». Más adelante, el artículo L.121-7 precisa aún más: «*Los métodos y técnicas de selección o de evaluación de los trabajadores o de los candidatos a un empleo deben ser pertinentes en relación con la finalidad que se pretende*» ¹⁰².

Para aclarar algunos extremos de esa ley, la Circular del Ministerio de Trabajo DRT 93-10 (15 de marzo de 1993) sobre el Reclutamiento y las Libertades Individuales se expresa de esta forma:

⁹⁸ OPCCOQ: Code de Déontologie des conseillers d'orientation. LRQ, c.C-26, a.41. Québec, 1981.

⁹⁹ LAPLANTE, R.: «Quelques considérations éthiques dans l'évaluation des personnes». *L'Orientation*, vol. 9, n.º 1, hiver 1996, págs. 48-9

¹⁰⁰ SPECTOR, PE: *Industrial and Organizational Psychology: Research and Practice*, 3.rd Edition. 2002. ANASTASI, A. URBINA, S: *Test psicológicos*. 7.^a ed. México. 1998 (Capítulos 17 y 18). ANDERSON, N. y HERRIOT, P. (eds.): *Handbook of Personnel Selection and appraisal*. London 2.nd ed. 1997.

¹⁰¹ La Sala de lo Social del Tribunal de Casación había expresado ya el 17 de octubre de 1973 que un empresario sólo puede pedir a un candidato –con cuestionarios, entrevistas-tests diversos– informaciones que tengan un nexo directo y necesario con la actividad profesional para la que postula.

¹⁰² Otras disposiciones sobre el particular en el Código del Trabajo francés son: artículo L-127.1 (confidencialidad de los resultados), L-121 (números 7 y 8) (información previa al entrevistado), L-432-2-1 (información al Comité de Empresa previa a su utilización).

«Si la ley no instituye un principio de validez científica de los métodos, principio que no estaría adaptado en un cierto número de casos, exige un grado razonable de fiabilidad. Así el recurso a técnicas que presentan un margen de error importante no estaría conforme con la obligación de pertinencia impuesta por la ley»¹⁰³.

La comisión CNIL (organismo oficial encargado de velar por la normativa de protección de datos personales) aprobó el 21 de marzo de 2002 la Deliberación 02-017 con recomendaciones sobre la recogida y tratamiento de datos personales durante las operaciones de selección.

Los sindicatos CFDT (Confédération Française Démocratique du Travail) y UCC (Union de Cadres) hicieron una propuesta¹⁰⁴ al comité patronal CNPF (Confédération National du Patronat Français) sobre los test psicológicos para seleccionar mandos intermedios demandando:

- Información previa a la realización del test.
- Técnicas validadas.
- Dentro de un abanico de otras medidas de evaluación.
- Entrevistas personales después del test.
- Garantía del derecho a la intimidad.
- Entrega de los resultados a cada candidato.

Un estudio sobre los métodos de reclutamiento usados en doce países de Europa reveló que el 57% de las empresas confirmaba el uso de ciertos métodos como la grafología. La herramienta de reclutamiento más utilizada en todos los países fue el trío clásico compuesto por evaluación mecánica (test), entrevistas y referencias profesionales¹⁰⁵.

En los **Países Bajos**, la Fundación Neerlandesa del Trabajo (STAR), institución que representa de forma bipartita a los sindicatos y a la patronal, ha recomendado que si «un examen psicológico se estima necesario, debe ser efectuado por un experto (...) y debe tener como propósito examinar si y en qué forma las capacidades y características del candidato están en conformidad con los requerimientos del trabajo y la carga psicológica del mismo»¹⁰⁶.

¹⁰³ Ministère du Travail: «Circulaire DRT 93-10 du 15 mars 1993 sur le recrutement et les libertés individuelles». *Droit Ouvrier*, n.º 535, juillet 1993, págs. 242-246.

¹⁰⁴ UCC, CFDT: «Propositions UCC-CFDT pour le recrutement des cadres». *Cadre CFDT*, n.º 333, décembre 1988-janvier 1989, págs. 62-67

¹⁰⁵ DANY, F. y TORCHY, V.: «Models of recruitment and selection in Europe». En: C. BREWSTER y A. HEGEWISCH (eds.): *Policy and Practice in European Human Resource Management. The Price Waterhouse Survey*. Routledge. London 1994.

¹⁰⁶ HUSBANDS, R.: «Employment testing: an international comparison». En: OIT: *Workers privacy. Part III: Testing in the workplace. Conditions of work digest*, vol. 12, n.º 2, 1993, págs. 7-93.

En **Australia** la Comisión Federal sobre Reforma Legal emprendió un estudio en 1983 sobre el derecho a la intimidad en el cual criticaba fuertemente los test psicológicos sobre todo argumentando la falta de consentimiento y el escaso acceso a los resultados ¹⁰⁷.

En la **República Sudafricana**, la Ley sobre Equidad en el Empleo (1998) dispone en su artículo 8.º cuáles son los criterios de validez de las pruebas psicométricas para que no incurran en discriminatorias: que sean válidas desde el punto de vista científico, que se puedan aplicar de forma equitativa a los empleados y que no creen sesgos contra ningún empleado o grupo.

España.

En nuestro país, las medidas para que la realización de Técnicas de Selección psicotécnica se practique en un marco más equitativo son prácticamente inéditas en nuestro ordenamiento ¹⁰⁸. La agencia estatal que más incidencia habría podido tener en su regulación es el INEM (ahora Servicio de Empleo Público Estatal) pero ni su normativa legal reguladora ni sus circulares e instrucciones internas son muy esclarecedoras. La Circular de este organismo de 1 de abril de 1994 por la que establece un nuevo procedimiento para la gestión de la oferta de empleo en las Oficinas de Empleo se limita a ofrecer la intermediación del Instituto para realizar la «*selección técnica de los candidatos mediante los instrumentos técnicos adecuados (pruebas profesionales y/o psicotécnicas)*». Con fecha de 19 de julio de 1996, la Subdirección General de Promoción de Empleo del INEM emitió un documento denominado «*Criterios, Factores y Pruebas para la Evaluación Psicológica en el Plan Personal de Empleo y Formación*» en el cual lo único que encontramos es una extensa lista de herramientas psicotécnicas, dentro de las acciones IOBE (Información, Orientación y Búsqueda de Empleo).

Un rápido balance de la prevalencia de dichas técnicas en nuestro mundo laboral daría lugar a las siguientes constataciones:

- a) Evidente carencia regulatoria por los organismos competentes (Servicio Público de Empleo Estatal, Servicios de Empleo de las CC.AA.).
- b) Falta de un estatuto de garantías de la persona que se somete a estas Técnicas ante la falta de transparencia en los procedimientos y el alto riesgo de vulneración de derechos fundamentales.
- c) Escaso interés de los profesionales que acometen dichas acciones por la deriva discriminatoria y de atentado a la esfera privada en que pueden caer.

¹⁰⁷ *Australian Law Reform Commission: Report on Privacy*. Canberra, Australian Govern. Publ. Service, 1983, vol. I, págs. 161-163.

¹⁰⁸ También se debe criticar el escaso interés por parte de los actores implicados (técnicos, administraciones públicas). La jurisprudencia es muy escasa y, la poca que existe, no muy pro-candidato (véase Sentencia del TSJ de Castilla-León, de 3 de diciembre de 1996, sobre pruebas psicotécnicas a candidatos para ingresar en RENFE como personal de circulación).

- d) Es común el uso de técnicas muy estandarizadas que si por un lado pueden dar un trato neutro al candidato, por el otro corren el riesgo de producir efectos de impacto adversos en determinados colectivos (minorías étnicas, mujeres, etc.)¹⁰⁹.

Una herramienta legal que podría ser útil para impedir un uso poco equitativo de estas prácticas es la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social que introduce normas antidiscriminatorias en general. Por su parte, es de plena aplicación a la protección de la vida privada de los candidatos que se someten a estas técnicas las normas reguladoras de la protección de datos y de protección de la intimidad (LOPD, código penal, normas deontológicas aplicables, etc.).

5. PROPUESTAS DE REFORMA (DE LEGE FERENDA)

Las disposiciones sustantivas concretas que prescriben el paso por dichos exámenes médicos y psicotécnicos pueden vulnerar, a mi juicio, derechos y libertades garantizados en nuestra norma constitucional y resto del ordenamiento jurídico protector (seguridad jurídica, libre elección de profesión, intimidad informática, derecho a acceder a determinadas prestaciones de la seguridad social, etc.).

Siendo muchos de estos derechos conculcados de rango legal, tanto la Constitución (*ex art. 53.1*) como el propio Estatuto de los Trabajadores (art. 17.2 TRLET) obligarían a que la norma cuyos trazos principales se delinean en este escrito adoptase formalmente ese rango (reserva de ley). Sería, por lo tanto, de escasa calidad jurídica una norma infralegal.

Dicha norma tendría como finalidad incorporar a nuestro ordenamiento jurídico existente, ya sea general (TRLET, Ley 56/2003 de Empleo, TRLISOS, etc.) o particular (normativa sobre la función pública, Ley General de Cooperativas, normas sobre profesiones concretas), diversos principios y cautelas enunciados a lo largo de este trabajo y que sirvan de barrera para prevenir abusos.

Asimismo, para dar una respuesta a la especial indefensión de aquellas personas que se exponen a este tipo de Técnicas antes de formalizar la relación contractual o de disponer del oportuno nombramiento administrativo (en un mercado de trabajo caracterizado por el desempleo y la anomia social) cabe arbitrar medidas de acceso a la jurisdicción social y administrativa desde la fase pre-contractual (así como a las instancias arbitrales en caso de discrepancia).

Es por todo ello que me atrevo a proponer unas líneas de reforma de la que son pilar fundamental los siguientes *principios*:

¹⁰⁹ Además, las investigaciones de estos últimos años despiertan serias dudas sobre la capacidad predictiva de estas pruebas con relación a la adecuación y al rendimiento profesional buscado en los candidatos (FERNÁNDEZ GARRIDO, J. y ARAMBURU ZABALA, L.: «Procesos de reclutamiento y selección». En: AA.VV.: *Ariadna, Guía no sexista para la Negociación Colectiva*. Instituto de la Mujer, Madrid 2000, págs. 43-69).

- *Principio de pertinencia*: sólo serán legítimas aquellas pruebas o técnicas que tengan una relación directa con las características del puesto de trabajo concreto a desempeñar.
- *Principio de información previa*: el candidato debe ser informado previamente del tipo de técnicas, pruebas, extracción de muestras biológicas, test, que se le van a aplicar.
- *Principio de legitimidad científica*: sólo son admisibles aquellas pruebas y técnicas que han sido admitidas como fiables y contrastadas externamente por las Sociedades Científicas interesadas (Colegio Oficial de Psicólogos, Sociedad Española de Medicina del Trabajo, Consejo General de Colegios Médicos, etc.).
- *Principio de competencia profesional*: sólo aquellos profesionales debidamente cualificados podrán utilizar estas técnicas (ej. exigiendo la especialidad de Psicología del Trabajo a los psicólogos que son contratados para aplicar estas técnicas, o el Título de Especialista en Medicina del Trabajo para aquellos médicos que realicen reconocimientos médicos de aptitud laboral).
- *Principio contradictorio*: establecimiento de mecanismos de recurso ante instancias arbitrales de carácter público (Colegio Oficial de Psicólogos, Equipos de Evaluación Médica de Incapacidades, etc.).

La norma redactada conforme a estos principios debería:

1. Aprobar una **lista cerrada de actividades y profesiones** (sistema *numerus clausus*) con requisitos psico-físicos indispensables. Esa lista vendría a reemplazar la dicción tan permisiva y confusa del actual párrafo segundo del artículo 22.1 de la Ley 31/1995. Dicho listado impediría los excesivos recursos a las técnicas médicas y psicotécnicas en la negociación colectiva y haría más respetuosa la actuación de los profesionales en este campo con los derechos y libertades de los candidatos a los puestos de trabajo.

Una vez aprobada la mencionada relación de puestos y profesiones, se podría reformar el artículo 22.1 de la LPRL cuya ambigua redacción ha sido criticada contundentemente por la doctrina.

2. Limitar la duplicidad que pesa sobre muchos colectivos que se ven sometidos de un lado a procedimientos de determinación de aptitud psicofísica para su profesión y por otro lado a la vigilancia de la salud por parte del Servicio de Prevención. Dichos exámenes, aunque formalmente diferentes se terminan solapando, provocando una casuística no desdeñable de dictámenes discordantes.
3. Estipular que la normativa que regula los exámenes médicos y psicotécnicos sea de **conocimiento público** (como norma publicada en Diario Oficial) ¹¹⁰.

¹¹⁰ La Constitución garantiza los principios de legalidad y de publicidad de las normas como principios fundamentales (art. 9.3). La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común del Estado determina que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas, habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda» (art. 52). En nuestro país, los reconocimientos médicos de los tripulantes marítimos están regulados por circulares internas del Instituto Social de la Marina. Lo mismo sucede con las circulares sobre reconocimiento médico de participantes en las campañas de vendimia o con las evaluaciones psicológicas de los candidatos a muchos trabajos que están reguladas únicamente por circulares internas de empresas. Ya hemos hablado de la ilicitud de establecer exámenes médicos obligatorios de aptitud vía convencional exclusivamente.

4. Clarificar si las personas en situación de **incapacidad permanente** o **minusvalía** tienen derecho, y en qué condiciones, a pasar un examen psicofísico de aptitud. Coordinar por ejemplo, la actuación de dos instancias como son, de una parte, el EVO del Centro Base de Minusválidos y, de otra, el equipo técnico-reconocedor ante los casos de minusválidos que desean acceder a un puesto de trabajo para el que es requisito someterse a técnicas de determinación de aptitud psicofísica. Existe la posibilidad, incluso, para el técnico-reconocedor, de encontrarse inmerso en proceso por discriminación contra un minusválido (arts. 314 y 542 del nuevo Código Penal) ¹¹¹ al calificar con aptitud restringida o no aptitud a una persona que dispone del certificado oficial de adecuación a su puesto de trabajo ¹¹².

Coordinación, asimismo, con las funciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades, sobre todo ante casos de Incapacidad Permanente Total (IPT) y Absoluta (IPA). Pensemos por un momento en el caso de un solicitante que se somete a examen psico-físico de aptitud exhibiendo una resolución denegatoria de invalidez IPT: ¿ello implica que el técnico reconocedor se ha de conformar a la opinión implícita en la resolución (aptitud total para trabajo habitual)? ¿No determinaría ello una vulneración de la deontología de dicho profesional? En el sentido contrario, se puede suponer el caso de un trabajador que recibe una calificación en su examen psico-físico de «no aptitud para su trabajo» y solicita a su Entidad Gestora el disfrute de una pensión de invalidez: ¿se sentirá obligada la Entidad Gestora a la emisión de un dictamen favorable a su pretensión?

5. Establecer una **homogeneidad de criterios y de garantías** entre los exámenes psicofísicos de acceso a un empleo y los exámenes psicotécnicos y/o médicos necesarios para acceder a la formación o titulación para dicho empleo.

En este sentido, la Recomendación 137 de la OIT sobre la Formación Profesional (Gente de Mar), 1958, señala que las normas de los exámenes médicos de acceso a Formación Profesional Marítima «*en ningún caso serán inferiores a las exigidas para ingresar en el trabajo en la industria marítima*».

Si no se regulara esta homogeneidad (tan de sentido común por otra parte) se expondría a los trabajadores a verse rechazados para una profesión por circunstancias psicofísicas existentes ya al comienzo de los estudios exigidos para la misma (y después de haber tenido que cursar una serie de años de estudio) ¹¹³.

¹¹¹ Véase más atrás el epígrafe consagrado a la discriminación por razón de discapacidad.

¹¹² Dichos certificados oficiales sobre adecuación de puesto de trabajo son expedidos, tras valoración del caso, por los Equipos Multiprofesionales de los Centros Base de Minusválidos del IMSERSO (o por el correspondiente organismo en las CC.AA. donde están las competencias transferidas), siendo una función que les atribuye la normativa (arts. 10.1, 38.3 y 41.3 de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos; art. 8.º del RD 1451/83 sobre fomento del empleo de minusválidos).

¹¹³ Bastaría simplemente con desarrollar la disposición adicional 3.ª del Real Decreto 362/2004 sobre Ordenación General de la Formación Profesional específica que determina que «para aquellas enseñanzas de formación profesional conducentes a titulaciones que en su ejercicio profesional requieran determinadas condiciones psicofísicas ligadas a situaciones de seguridad o salud, las Administraciones educativas podrán requerir la aportación de la documentación justificativa necesaria, cuando así se indique en la norma por la que se establecen dichos títulos».

6. **Garantizar** una serie de derechos para los trabajadores y candidatos al empleo en el marco de estos exámenes de aptitud:

- a) **Derecho a la existencia de una Lista previamente establecida de Incapacidades y Limitaciones Psico-físicas** para el empleo y a que las enfermedades y limitaciones de la misma se establezcan basándose en principios de **congruencia** y **proporcionalidad**, es decir, que los procesos y entidades patológicas tengan directa y real incidencia negativa sobre el **perfil de puesto** de la profesión a desempeñar (padecimientos que supongan para el empresario una muy difícil adaptación del puesto de trabajo) y sean de la suficiente gravedad. Dicha lista debería ser de público conocimiento y debería también servir de base para los médicos evaluadores de los Equipos de Valoración de Incapacidades.
- b) **Derecho a permiso retribuido** ¹¹⁴ por el tiempo indispensable para pasar exámenes de aptitud y las exploraciones complementarias que conlleve y al reintegro de los gastos ocasionados por el desplazamiento hasta el centro médico reconocedor más próximo.
- c) **Derecho a que quede constancia documental** del resultado de la determinación de la aptitud psico-física en el centro donde se le ha practicado y por un tiempo mínimo determinado por la autoridad competente ¹¹⁵, incluso si la persona cambia de puesto o accede a la jubilación. Es un derecho reconocido (i) para la documentación en poder de centros sanitarios por la reciente Ley 41/2002 Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y de Documentación Clínica y también (ii) para la documentación resultante de la vigilancia de la salud (Prevención de Riesgos Laborales) pero se echa en falta una norma que abarque también a la documentación resultante de todos los exámenes de aptitud.
- d) **Derecho a acceder a la Historia Clínica o Ficha de Aptitud** resultante del procedimiento y a obtener una copia del resumen de la misma (esté o no informatizada), de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (la Ley 41/2002 Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales regulan ese derecho en sus respectivos campos).

De tratarse de datos que obran en poder de la Administración Pública, el artículo 37 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas asegura el derecho de acceso a los archivos y registros públicos.

El interesado debería tener, asimismo, la posibilidad de actualizar datos mediante un procedimiento ágil y sujeto a principio contradictorio (en caso de que el médico se opusiera motivadamente a la modificación de datos clínicos).

¹¹⁴ Sólo reconocido para los que están obligados a pasar Reconocimientos Médicos de Prevención de Enfermedades Profesionales en el artículo 196.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. También recogido en el artículo 12 del Convenio 161 de la OIT sobre Servicios de Salud en el Trabajo.

¹¹⁵ La normativa sobre trabajos con radiaciones ionizantes, cloruro de vinilo y ruido indica un período no inferior a treinta años (cincuenta años para los casos de exposición al amianto, cuarenta para las exposiciones a agentes cancerígenos, entre diez y cuarenta años en caso de exposición a agentes biológicos).

Este derecho y su forma de materialización debería constar expresamente en el impreso, certificado o anotación resultante del examen de aptitud.

- e) **Derecho a la confidencialidad** ¹¹⁶. El resultado de las pruebas de aptitud psico-física podrá ser comunicado al empresario pero sólo constando a) el grado de aptitud, b) los puestos de trabajo para los que el solicitante es apto desde un punto de vista psico-físico y c) las eventuales modificaciones a realizar en el entorno laboral y equipos de trabajo para la adaptación a las limitaciones psico-físicas del trabajador.
- f) **Derecho a ser reconocido por personal con:**
- i. **Adecuada titulación** (Psicólogo del Trabajo, Médico Especialista en Medicina del Trabajo) ¹¹⁷.
 - ii. **Buen conocimiento del medio laboral** en el que el candidato quiere desarrollar su trabajo, y
 - iii. Que goce del **suficiente grado de independencia** respecto del empleador, la entidad gestora de seguridad social del candidato al empleo y las instituciones representativas del personal de la empresa.

Para garantizar esta independencia, es un requisito imprescindible aprobar un **Estatuto de Garantías del Personal** que realiza estas técnicas.

- g) **Derecho a impugnar**, sin coste económico para el candidato, el dictamen emitido por el profesional que ha efectuado el examen de aptitud ante una instancia arbitral de carácter público y a que dicha instancia resuelva sin dilaciones indebidas y con respeto de los principios contradictorio y de audiencia del interesado ¹¹⁸.

Asimismo, la vía de recurso, la instancia ante quien plantearlo y los plazos para el mismo deberían constar expresamente en el documento, certificado o inscripción resultante del examen o test.

- h) **Derecho al recurso** jurisdiccional-laboral en caso de disconformidad con la decisión definitiva de la instancia de revisión, incluso si aún no se ha formalizado la relación jurídica de dependencia (de acuerdo con el derecho al acceso a la justicia reconocido en el art. 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 24.1 de la CE).

¹¹⁶ Son muy numerosas las normas de índole sanitaria que reconocen este derecho. No tanto cuando se trata de técnicas psicométricas donde el único apoyo sería el código deontológico aplicable y las normas genéricas sobre protección de la intimidad.

¹¹⁷ Sólo reconocido para los exámenes de salud enmarcados en la prevención de riesgos laborales (art. 22.6 de la Ley 31/1995). Véase artículo 9.º 1 y 11 del Convenio 161 OIT sobre los Servicios de Salud en el Trabajo así como la disposición 36 (epígrafes 2 y 3) de la Recomendación 171 OIT homónima. También lo sugiere así la Recomendación 79 OIT sobre reconocimientos médicos de niños y adolescentes en su disposición 11.ª 1. Para los exámenes de pilotos y deportistas, también podrían ser válidas las especialidades de Medicina Aeronáutica y de Medicina del Deporte, respectivamente.

¹¹⁸ Esta materia es desconocida por la LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención. En la derogada normativa sobre Servicios Médicos de Empresa se señalaba una vía a través de la OSME. Las normativas belga y francesa son muy claras al respecto señalando a los Inspectores Médicos del Trabajo como árbitros.

Aunque hay jurisprudencia que considera que la competencia jurisdiccional de lo social abarca también a las fases previas a la contratación (como es el caso de los pre-contratos o promesas de contrato), convendría que este derecho fuera explícito para impedir que el candidato cayera en una especie de *solve et repete* en este ámbito.

- i) **Derecho a cambio de puesto de trabajo** en el seno de la empresa o del grupo de empresas, en el caso de ser declarado no apto (o «apto con restricciones») para el puesto que venía desempeñando. En caso de negativa de la empresa al cambio de puesto de trabajo, debería ser la Inspección Provincial de Trabajo y de la Seguridad Social la que resolviera, tras solicitar los informes especializados pertinentes.
- j) **Derecho a solicitar prestaciones económico-sanitarias** de incapacidad laboral (IT, Incapacidad Permanente en sus distintos grados) y/o de minusvalía tras someterse a examen periódico y recaer una decisión de «aptitud con restricciones» o de «no aptitud» (permanente o temporal).
- k) Derecho a conocer si se le practicarán **pruebas de determinación de alcohol o toxicomanías** en el transcurso del examen ¹¹⁹. El recurso a dicho tipo de pruebas debería ser estrictamente limitado por la normativa y, de darse resultados positivos, se debería primar (como en el derecho italiano) el recurso a medidas de derivación hacia instancias asistenciales de recuperación y/o seguimiento sanitario antes que el recurso al despido.
- l) Derecho a no ser sometido, sin consentimiento previo, a pruebas de **SIDA**, de conformidad con las recomendaciones internacionales sobre la materia (salvo para aquellas profesiones y tareas para las cuales el riesgo de transmisión, aunque mínimo, existiera y que habría que enumerar *ex profeso*) ¹²⁰.

En la Declaración OIT/OMS sobre SIDA y Lugar de Trabajo, de junio de 1988, se puede leer:

«No se deberían exigir pruebas de VIH como parte de un examen médico de aptitud, ya sea como test directo (detección del VIH), como método indirecto (evaluación de los comportamientos de riesgo) o como cuestiones sobre pruebas de VIH/SIDA realizadas con anterioridad.» ¹²¹

¹¹⁹ Véase sobre el particular el número 2 (volumen 12) de la revista de la OIT *Conditions of Work Digest* (Testing in the workplace). También, en el ámbito marítimo, se pueden mencionar los Principios orientadores sobre las técnicas de detección de drogas y alcohol en la Industria Marítima aprobados por el Comité Mixto OIT/OMS sobre Salud de los Marinos en su 7.ª reunión (mayo de 1993).

¹²⁰ Con más cautelas si cabe habría que regular la posibilidad remota de recurrir a tests genéticos para ingresar al empleo instaurando quizás controles previos de licitud de dicho recurso ante una Comisión Nacional *ad hoc* (para preservar el carácter sinalagmático de la relación laboral) (*vid. supra*).

¹²¹ El Tribunal Constitucional italiano consideró contrario a la Constitución Italiana la prohibición omnímoda de tests de detección de SIDA previos al empleo argumentando que dicha prohibición pondría en peligro la salud de terceros (en trabajos donde se está expuesto a contaminación sanguínea).

La reglamentación cuya adopción, *de lege ferenda*, se sugiere en este epígrafe debería ser lo suficientemente amplia como para incluir también los exámenes psicotécnicos y las pruebas físicas genéricas, en el transcurso de los cuales puede haber abusos y vulneración de derechos. Además, debería establecer nuevos ilícitos –penales y administrativos– en consonancia con los nuevos derechos reconocidos ¹²².

ANEXO I: PANORAMA NORMATIVO ESPAÑOL

La obligatoriedad de someterse a este tipo de técnicas, exámenes, etc., viene expresamente regulada en disposiciones normativas que obedecen asimismo a distintas finalidades ¹²³:

1. Exámenes de salud previos al ingreso en el contexto de la prevención de riesgos laborales.

En muchos casos estos reconocimientos médicos cuentan con una especie de «Guías de procedimiento» para los profesionales sanitarios encargados de su aplicación denominados «Protocolos sanitarios» ¹²⁴ y que son elaborados (por mandato del art. 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención) por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del SNS ¹²⁵. No deja de resultar paradójico que en toda la producción normativa posterior a la promulgación de la LPRL se hayan dejado de lado (y por lo tanto siga en vigor) las muy vetustas normas sobre calificación y diagnóstico de enfermedades profesionales. Dicha normativa, cuyo rango es de Orden Ministerial, establece criterios de diagnóstico y de reconocimiento para todas las enfermedades profesionales listadas en el momento de su publicación y, en muchos casos, colisiona con los criterios y procedimientos aprobados por los mencionados reglamentos y protocolos post LPRL.

¹²² Hay una norma en los **Países Bajos**, que es de los escasos países en haber legislado con especificidad en la materia, que es un ejemplo de los principios sugeridos en este capítulo: proporcionalidad de las pruebas, derecho a recurso ante un médico independiente, establecimiento de una comisión que resuelva los casos de disconformidad, salvaguarda de la intimidad y del secreto médico. La norma de la que hablamos es la Ley de 5 de julio de 1997 sobre el Estatuto de las Personas sometidas a Exámenes Médicos y ya tiene su desarrollo reglamentario (véase el art. de LEENEN, H.J.J.: «Adoption par le Parlement des Pays-Bas de la Loi relative aux examens médicaux». *Recueil International de Législation Sanitaire*, 1999, 50(1), págs. 106-107).

¹²³ Con los asteriscos en voladita están señaladas aquellas exposiciones y riesgos para los que hay aprobado protocolo de vigilancia.

¹²⁴ Hasta ahora: Plomo, Manipulación Manual de Cargas, Pantallas de visualización de datos, Amianto, Plaguicidas, Cloruro de Vinilo Monómero, Posturas Forzadas, Movimientos Repetidos, Neuropatías, Asma laboral, Ruido, Alveolitis alérgica extrínseca, Agentes Biológicos, Agentes anestésicos inhalatorios, Dermatitis Laborales, Óxido de Etileno, Agentes Citostáticos, Radiaciones Ionizantes, Silicosis y otras neumoconiosis. Se pueden descargar en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹²⁵ Este Consejo Interterritorial es una conferencia sectorial *avant la lettre* creada por la Ley 14/1986 General de Sanidad con representación de las Comunidades Autónomas y del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Exposición profesional a Radiaciones Ionizantes *.

Desde la ya veterana **Ley 25/1964 reguladora de la Energía Nuclear**, cuyo artículo 39 dispone que «*Las personas que trabajen en actividades nucleares, dentro de "zonas controladas" serán sometidas antes de iniciar su trabajo en dichas zonas a un examen médico*», existe un régimen de control médico previo al ingreso en los trabajos sometidos a este riesgo.

Dicha obligación se ve ratificada en una serie de normas reglamentarias que, en algunos casos transponen directivas de la UE ¹²⁶, como el Real Decreto 783/2001 que aprueba el **Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes** (capítulo IV) y el Real Decreto 1836/1999 aprobando el **Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas** (arts. 50 y 60). Ambas transponen al ordenamiento interno la Directiva 96/29/EURATOM.

En el campo de la **protección de los trabajadores externos** expuestos, la obligación de pasar reconocimiento médico se encuentra en el **Real Decreto 413/1997 sobre protección operacional de trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes** por intervención en zona controlada. Dicho reglamento transpone la Directiva 90/641/EURATOM. Las empresas externas deben inscribirse en un registro de Empresas Externas en el Consejo de Seguridad Nuclear y están obligadas a mantener la vigilancia médica de los citados trabajadores. En el Carnet radiológico, el trabajador tiene datos de su seguimiento dosimétrico y su clasificación médica ¹²⁷.

Exposición profesional al Amianto *.

Se trata de una regulación previa a la adopción del actual marco normativo de prevención de riesgos laborales y se basa fundamentalmente en la transposición de la Directiva 83/477/CEE (modificada en varias ocasiones ¹²⁸) y del Convenio 162 de la OIT ¹²⁹.

La norma fundamental en este ámbito es la OM de 31 de octubre de 1984 que aprueba el **Reglamento sobre Trabajos con riesgo de Amianto** (arts. 13, 14.2 y 15), modificada por OM de 26 de julio de 1993.

La OM de 22 de diciembre de 1987 establece, entre otros extremos documentales, el modelo de **Ficha de Seguimiento Médico del Amianto** ¹³⁰.

¹²⁶ También existe sobre el particular normativa de la OIT (la Recomendación 114 y los arts. 12 y 13 del Convenio 115, ambos del año 1960) y recomendaciones del Organismo Internacional de la Energía Atómica y de la Agencia Internacional de Protección Radiológica (la n.º 60, del año 1990, versa sobre la misma materia).

¹²⁷ La Instrucción del CSN IS-01, de 31 de mayo de 2001 establece el modelo oficial. La circular GSG-07.04 del CSN, que servía de referencia en la materia y se titulaba «Bases para la vigilancia médica de los trabajadores expuestos a las radiaciones ionizantes» ha sido anulada tras la publicación por el Ministerio de Sanidad y Consumo del Protocolo específico.

¹²⁸ La Directiva 2003/18/CE modifica la Directiva 83/477/CEE y se encuentra pendiente de transposición (plazo: 15 de abril de 2006).

¹²⁹ La Recomendación 172 de la OIT sobre el Asbesto (1986), incluye disposiciones muy pormenorizadas e interesantes sobre «reconocimiento médico previo al desempeño del trabajo».

¹³⁰ La Resolución de 20 de febrero de 1989 indica que las copias de dichas fichas médicas se remitirán a la Autoridad Laboral.

Exposición profesional al Plomo *.

Se encuentra derogada su reglamentación específica (se trataba de la OM de 9 de abril de 1986 aprobando el Reglamento para la prevención de riesgos por la presencia de Plomo en el ambiente de trabajo). Dicho reglamento transponía la Directiva 82/605/CEE contra la exposición al Plomo metálico y sus compuestos iónicos durante el trabajo.

Exposición profesional al Ruido *.

El control de la salud auditiva de las personas expuestas al ruido está establecido en los artículos 5.º 2, 9.º y anexo 4 del **Real Decreto 1316/1989 sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al Ruido**. Transpone la derogada Directiva 86/188/CEE contra los riesgos debidos a la exposición al Ruido durante el trabajo.

Se encuentra pendiente de transposición la actual Directiva 2003/10/CE sobre seguridad ante la exposición a agentes físicos (ruido), en cuyo artículo 10 se trata sobre la «Vigilancia de la salud».

Exposición profesional a las Vibraciones.

Existe una directiva comunitaria (Directiva 2002/44/CE sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de las vibraciones) que debe transponerse antes del 6 de julio de 2005. Hasta ese momento, la única normativa –además de la genérica sobre prevención de riesgos profesionales– se limita a normas ISO (5349-1-2001 y 5349-2-2001 para el sistema mano-brazo y 2631-1-1997 para el cuerpo entero). En las normas sobre sistema brazo-mano se establecen recomendaciones sobre «*exámenes periódicos a juicio del médico*» (en la norma sobre cuerpo entero, sobre «*exámenes médicos apropiados*»).

Exposición profesional al Cloruro de Vinilo Monómero *.

Tratándose de una regulación previa a la LPRL y a la «Directiva Marco», tiene su base jurídica en la Directiva 76/610/CEE sobre la protección sanitaria de los trabajadores expuestos al Cloruro de Vinilo Monómero (arts. 1.º 2, 10 y Anexo II).

La norma principal es la OM de 9 de abril de 1986 que aprueba el **Reglamento sobre la protección de la salud de los trabajadores por la presencia de Cloruro de Vinilo monómero** en el ambiente de trabajo (arts. 9.º, 11 y Anexo) ¹³¹.

¹³¹ El Real Decreto 349/2003 sobre agentes mutágenos derogó la OM de 9 de abril 1986 aprobando el Reglamento sobre la protección de la salud de los trabajadores por la presencia de Cloruro de Vinilo monómero.

Exposición profesional a Agentes Biológicos *.

Real Decreto 664/1997 sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a los Agentes Biológicos, artículos 8.º, 9.º, 12.6. Su anexo fue modificado por la OM de 25 de marzo de 1998. Transpone la Directiva 90/679/CEE contra la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (ahora refundida en la Directiva 2000/54/CE).

Exposición profesional a Agentes Cancerígenos y Mutágenos * ¹³².

Es de aplicación el Real Decreto 665/1997 que aprueba el **Reglamento sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a Agentes Cancerígenos**, artículos 8.º, 9.º, 11.5 y Anexo II (modificado por RD 1124/2000). Se basa en la transposición de la Directiva 90/394/CEE relativa a la protección de los trabajadores contra la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo ¹³³. En el anexo II se dan «Recomendaciones prácticas para la vigilancia sanitaria de los trabajadores».

Manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares *.

La norma en este caso es el **Real Decreto 487/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares**, para los trabajadores (art. 6.º y Anexo). Es una transposición de la Directiva 90/269/CEE relativa a la manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares.

Trabajo con pantallas de visualización *.

El **Real Decreto 488/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización**, en su artículo 4.º dispone controles de salud visual gratuitos. Dicho reglamento transpone la Directiva 90/270/CEE homónima.

Mineros.

Ya el **Estatuto del Minero** (aprobado por RD 3255/1983) obliga en sus artículos 2.º 2 y 28 a pasar Reconocimientos Médicos con carácter previo al ingreso en el trabajo minero.

¹³² La extensión a los mutágenos se hizo por el Real Decreto 349/2003. Tras la derogación de la normativa específica sobre benceno por el Real Decreto 1124/2000, la normativa de aplicación a trabajos con presencia del mismo será la aplicable a los productos cancerígenos.

¹³³ Asimismo, la OIT dispone del Convenio 139 sobre Cáncer Profesional, 1974 (y su Recomendación homónima n.º 147) que en su artículo 5.º trata sobre los «exámenes médicos o biológicos». España no ha ratificado aún dicho convenio.

La OM de 19 de enero de 1973 sobre el examen médico de aptitud de los menores de veintidós años para el empleo en trabajos subterráneos en las minas fue una norma creada con el único propósito de cumplir con el Convenio de la OIT 124 sobre Examen Médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965. Ahora, tras la aprobación del Estatuto del Minero, es norma redundante en nuestro ordenamiento.

El **Real Decreto 1389/1987 sobre Disposiciones Mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras**, en su artículo 8.º, trata sobre la «Vigilancia de la salud» no creando nada novedoso, siendo mera transposición de la Directiva 92/104/CEE sobre la protección de la seguridad y de la salud en industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas.

Sigue vigente la ya vetusta OM de 7 de marzo de 1941 por la que se establecen las normas de prevención e indemnización de las Neumoconiosis y Silicosis cuyo ámbito se extiende más al de la compensación vía Seguridad Social que al de la prevención.

Existe también una normativa reciente de la OIT en este campo (**Convenio 176 sobre Seguridad y Salud en las Minas, 1995**) ratificado por nuestro país en 1999, en el que se mencionan los exámenes médicos (art. 11), pero su contenido obligacional está básicamente recogido en las normas ya citadas.

Trabajadores subacuáticos.

En este colectivo, la normativa sobre requisitos médicos es común tanto para el ejercicio profesional como para el deportivo ¹³⁴. La norma estatal más importante, tras un tiempo de dudas legales, es la **OM de 14 de octubre de 1997 por la que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas**, que en su artículo 25 se limita a disponer que el examen médico sea realizado por un médico con la debida titulación en la materia. Siendo el buceo una materia transferida a diversas Comunidades Autónomas, hay algunas, como la de Galicia, que han legislado sobre el particular y, en el caso que nos ocupa, con mayor concreción ¹³⁵.

De todas formas, hay varias áreas de sombra en este ámbito dado que, a la diversidad de normativas de las Comunidades Autónomas, se suma el hecho de que un buceador profesional embarcado en dicha categoría en un buque tiene que ser sometido a dos exámenes de aptitud (uno para su Libreta de Actividades Subacuáticas y otro para su Libreta de Inscripción Marítima).

En el área de la construcción sigue vigente el antiguo **Reglamento de Higiene y Seguridad en los trabajos realizados en cajones con aire comprimido** (OM de 20 de enero de 1956), cuyos artículos 5.º y 20 a 24 versan sobre el particular.

¹³⁴ La única diferencia es la periodicidad (anual, los profesionales; bianual, los deportivos).

¹³⁵ Orden de 23 de abril de 1999 que regula el ejercicio del buceo profesional en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Trabajadores nocturnos.

Según dispone el artículo 9.º de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, los trabajadores nocturnos deben disfrutar «*de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares*» y que respete el secreto médico. Véase la Directiva 2003/88/CE que anula y refunde a la 93/104.

La Directiva 94/33/CE relativa a la Protección de los Jóvenes en el Trabajo, en su artículo 9.º 3, establece que «*antes de poder ser destinado a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, los adolescentes tendrán derecho gratuitamente a un reconocimiento médico y a una evaluación de sus condiciones, salvo cuando su trabajo durante el período de prohibición de trabajo tenga un carácter excepcional*».

El artículo 4.º del **Convenio 171 sobre el Trabajo nocturno (1990)**, deja como voluntaria la «*evaluación de la salud*»¹³⁶.

El TRLET dispone (art. 36.4) que «*el empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud antes de su afectación a un trabajo nocturno*» pero, hasta la fecha, dicha norma no ha tenido desarrollo reglamentario.

2. Exámenes médicos obligatorios en el contexto de la adecuación a las exigencias concretas de un puesto o profesión determinada.

Trabajadores en contacto con alimentos.

Tanto el Real Decreto 2817/1983, de 13 de octubre, aprobando la **Reglamentación Técnico-Sanitaria de los Comedores Colectivos**, en su artículo 7.º 4 (redactado conforme al RD 1333/1984) como el más antiguo Decreto 2484/1967 por el que se aprobó el Código Alimentario Español establecían la obligatoriedad de acreditar «*mediante certificación*» el hecho de que los operarios de estas industrias no padecen «*enfermedades transmisibles o que pueden ser portadores de las mismas*».

Aún sigue vigente diversa normativa sobre reglamentación técnico-sanitaria de alimentos que establece la interdicción de trabajar para aquellas «*personas de las que se sepa o se tenga indicios de que padecen una enfermedad de transmisión alimentaria o que estén afectadas de entre otras patologías, heridas infectadas, infecciones cutáneas o diarrea*» (RD 2207/1995, Capítulo VIII del Anexo) las cuales «*no estarán autorizadas a trabajar en modo alguno en zonas de manipulación de productos alimenticios*» (prácticamente del mismo tenor es el Reglamento CE/852/2004, de 29 de abril, en el Capítulo VIII del Anexo II sobre higiene de los productos alimenticios).

El vigente **Reglamento de Manipuladores de Alimentos** (RD 202/2000), siguiendo la filosofía de la FAO al respecto, no obliga a someterse a reconocimiento médico como lo hacía la nor-

¹³⁶ Convenio aún no ratificado por nuestro país.

mativa derogada (extremo que deja muy claro en su exposición de motivos). Sólo en situaciones de carácter extraordinario, y exclusivamente referida a trabajadores, dispone su artículo 6.º, «*las autoridades competentes podrán exigir la realización de cuantos exámenes médicos y pruebas analíticas consideren oportunas para proteger la salud de los consumidores*»¹³⁷.

Conductores de automóviles.

La normativa sobre conductores profesionales se encuentra dispersa en normas reglamentarias que aún se remiten a normativa anterior al vigente Texto articulado de la **Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial** (RDLeg. 339/1990). Los artículos 4.º d), 5.º c) y 60.2 de dicha ley hacen mención a unos reglamentos que son anteriores a la misma ley, excepto para el caso del Listado de «*Aptitudes psicofísicas requeridas para obtener o prorrogar el permiso o la licencia de conducción*» que fue puesto al día en 1997 por el anexo IV del **Reglamento General de Conductores** (RD 772/1997).

Fundamentalmente, esas disposiciones tan antiguas son de orden procedimental y son las que regulan, por ejemplo, el régimen de recursos en caso de discrepancia (el interesado se puede dirigir a otro centro de reconocimiento o directamente a los servicios sanitarios provinciales¹³⁸), conservación de historiales, homologación de centros de reconocimiento, etc.

Existe una **Directiva 91/439/CEE sobre el Permiso de Conducción**, que menciona la aptitud (arts. 4.º, 7.º y Anexo III) y que está en proceso de refundición tras haber sufrido varias reformas.

Estos reconocimientos incluyen pruebas psicotécnicas.

Embarque marítimo.

La base jurídica para que los marinos civiles y pescadores deban pasar un reconocimiento médico antes de embarcar se encuentra en los Convenios de la OIT sobre la materia (básicamente, los convenios **16**, **73** y **113**) Como desarrollo de dichos convenios, se aprobó la **OM de 1 de marzo de 1973 sobre Reconocimientos Médicos de aptitud para enrolamiento marítimo** que se limita a atribuir la práctica de dichos exámenes al personal médico del ISM y a decir que son gratuitos. El resto de la normativa (listado de enfermedades y procesos incapacitantes, normas de procedimiento, recursos, etc.) constan sólo a nivel de circular interna del ISM (Circulares 12/93, 20/94 y 4/96).

En la UE hay varios actos normativos relacionados con estos exámenes. Uno es el Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo de la Gente de Mar¹³⁹, cuya cláusula 13.ª men-

¹³⁷ Su eventual aplicación, plantearía problemas de falta de rango jurídico (decreto limitativo de derechos que, aplicando el principio de reserva de ley, no encuentra sustento explícito en un texto de rango legal). Se ha desaprovechado la oportunidad de dar dicha cobertura jurídica en el proceso de adopción de la actual Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, que no incluye ninguna referencia sobre el particular.

¹³⁸ Salvo si la causa es psicológica, en cuyo caso será la Jefatura Provincial de Tráfico la que dirima pidiendo informes, si lo considerase pertinente, a las autoridades sanitarias provinciales o al Colegio Oficial de Psicólogos.

¹³⁹ El Acuerdo fue incorporado al acervo jurídico comunitario al ser incluido como anexo en la Directiva 1999/63/CE.

ciona los «controles médicos». Otro es la Directiva 2001/25/CE, de 4 de abril de 2001, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas, que dispone que los exámenes médicos para ser admitido en dichas acciones formativas deberán ser homogéneos con los reconocimientos médicos para embarque.

Aun no tratándose *stricto sensu* de trabajadores marítimos, los Prácticos de Puerto también tienen la obligación de someterse a reconocimiento médico según estipula el Reglamento General de Practicaje (aprobado por RD 393/1996).

Personal de vuelo (Aviación Civil).

Dicho personal dispone de un sistema especial de verificación de su aptitud a través de unos facultativos de ejercicio privado que, tras recibir una formación específica sobre exámenes médicos para tripulantes aéreos, es reconocido por la Dirección General de Aviación Civil como examinadores médicos aéreos.

La norma básica que regula estas aptitudes (además de estar recogida en un Convenio internacional conocido como Convenio de Chicago de la OACI, 1944) es el **Real Decreto 270/2000 sobre condiciones para el ejercicio de las funciones de personal de vuelo de aeronaves civiles** y la **OM de 14 de julio de 1995 sobre Títulos y Licencias aeronáuticas Civiles** (capítulo IV.1) (vigente hasta que no se desarrolle el RD 270/2000).

Esta norma integra en el ordenamiento español los llamados «requisitos conjuntos de aviación» (más conocidos por sus siglas inglesas JAR) acordados por las Autoridades Aeronáuticas Conjuntas (JAA).

Con la aprobación de la OM de 21 de marzo de 2000 se adaptaron al ordenamiento jurídico español los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL) relativos a la organización médico-aeronáutica, los certificados médicos de clase 1 y de clase 2 y los requisitos médicos exigibles al personal de vuelo de aviones y helicópteros civiles ¹⁴⁰.

La OM FOM/2157/2003 determina cuáles son los requisitos y el procedimiento para la designación y autorización de los centros médico-aeronáuticos y de los médicos examinadores.

Como singularidad de este sector laboral dichos exámenes médicos son considerados, por estipularlo expresamente el **Real Decreto 294/2004 sobre Tiempo de Trabajo en la Aviación Civil**, como vigilancia de la salud a los efectos de la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales ¹⁴¹.

¹⁴⁰ Hubo una Corrección de errores de esta OM en BOE de 3 de junio de 2000.

¹⁴¹ Dicho Real Decreto transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/79/CE sobre aplicación del Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo en la Aviación Civil. La cláusula 4.ª del Anexo especifica que «Los miembros del personal de vuelo en la aviación civil disfrutarán de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares».

Deportistas profesionales.

La **Ley 10/1990 del Deporte** dispone en su artículo 59.3 que el Consejo Superior de Deportes podrá obligar a las Federaciones Deportivas a establecer como requisito imprescindible que «*el deportista se haya sometido a un reconocimiento médico de aptitud*»¹⁴².

A tenor de lo dispuesto en dicho artículo 59, se creó la **Comisión Nacional para la Protección de la salud del deportista** (RD 112/2000), entre cuyos cometidos figura expresamente el de «*informar sobre las condiciones de los reconocimientos médicos de aptitud para la práctica deportiva a los que se refiere el artículo 59 de la Ley 10/1990*» [art. 2.º b)].

El Comité Olímpico Internacional (COI), en su **Carta Olímpica**, establece la obligación de los «*competidores*» de «*someterse a los controles y exámenes médicos efectuados de conformidad con el Código Médico del COI y con los reglamentos pertinentes de las Federaciones interesadas*» (regla 48).

Régimen sobre Dopaje.

Según la definición de la **Carta Europea contra el Dopaje en el Deporte**, éste consiste en «*la administración a los deportistas o la utilización por éstos de clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje*» (art. 2.º 1).

El artículo 58.1 de la Ley 10/1990 (tras reforma operada por la Ley 53/2002) establece la obligatoriedad para «*todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal*» de someterse a controles anti-dopaje (véase también arts. 56 y 57 de la misma ley)¹⁴³. Dicha disposición se ha desarrollado por el Real Decreto 255/1996 sobre régimen de infracciones y sanciones para la represión del Dopaje, Real Decreto 1313/1997 que establece la Comisión Nacional Anti-dopaje y por la OM de 11 de enero de 1996 sobre normas generales para la realización de controles de dopaje.

La última lista de sustancias dopantes fue publicada por Resolución de 27 de diciembre de 2004 del Consejo Superior de Deportes (BOE de 8 de enero), completada por la Resolución de 7 de noviembre de 2005 (BOE de 21 de noviembre).

¹⁴² La disposición adicional 5.ª del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje prevé que «cuando las empresas realicen controles de salud a los deportistas profesionales resultará de aplicación la normativa de prevención de riesgos profesionales».

¹⁴³ Los artículos citados (56, 57 y 58) serán seguramente derogados si entra en vigor el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje.

Con ello, España no ha hecho más que sumarse al esfuerzo de instancias internacionales en la lucha antidopaje (COI, Agencia Mundial Antidopaje, UE, Consejo de Europa, UNESCO, etc.)¹⁴⁴. El Consejo de Europa, a través de varias resoluciones viene insistiendo en la lucha contra el dopaje en el deporte [p. ej.: Recomendación (84)19, de 25 de septiembre de 1984, sobre la Carta Europea contra el Dopaje en el deporte, Recomendación (88)12, de 21 de junio de 1988, sobre controles sin preaviso fuera de la competición]. El instrumento jurídico de este organismo con mayor importancia es, sin duda, el **Convenio Europeo contra el Dopaje** (16 de noviembre de 1989) (ratificado por nuestro país en 1992) mientras la UNESCO ultima la preparación de un Convenio Internacional contra el Dopaje en el Deporte.

El Consejo Superior de Deportes tiene como proyectos –incardinados en la futura Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje– la creación de la Agencia Española Antidopaje, la tipificación en el Código Penal del tratamiento punitivo del recurso a estas técnicas fraudulentas y, como más interesante en el campo que nos preocupa, mejorar el sistema de recursos o introducir los controles por sorpresa y los exámenes de sangre¹⁴⁵.

Verificación de sexo.

Ha sido práctica corriente en las competiciones internacionales la práctica de test para la determinación del sexo del atleta de forma que no se cometa el fraude de presentarse a una competición femenina un atleta de sexo masculino. El Comité Olímpico Internacional lo estableció como requisito obligatorio para todos los atletas femeninos que desean competir en Juegos Olímpicos desde 1968.

Esta práctica no ha determinado ninguna polémica en nuestro entorno, pero sí en el internacional donde se ha objetado la vulneración de derechos y libertades fundamentales (intromisión en la vida privada, falta de consentimiento, etc.) de dichas técnicas¹⁴⁶ así como la indeterminación de las técnicas usadas para discriminar los casos más dudosos (pseudohermafroditismo). Por presión de la Federación Internacional de Atletismo Amateur IAAF (que reunió en 1990 en Montecarlo a un Grupo de

¹⁴⁴ En el ámbito de la UE, véanse entre otras posiciones, la Declaración 29 sobre el deporte (aneja al Tratado de Amsterdam), la Opinión n.º 14 del Grupo Europeo de Ética en la Ciencia y en las NNTT, de 11 de noviembre de 1999, sobre aspectos éticos del dopaje en el deporte y la Resolución P6_TA(2005)0134 del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el dopaje en el deporte (para más información véase la página de la Comisión consagrada al dopaje: http://europa.eu.int/comm/sport/action_sports/dopage/what_doping_fr.html). La AMA, agencia creada en la Conferencia Mundial sobre el Dopaje (Lausana, 2 a 4 de febrero de 1999) aprobó en su reunión del 5 de marzo de 2003 en Copenhague el Código Mundial Antidopaje. El Comité Olímpico Internacional tiene como instrumento principal el Código Antidopaje del Movimiento Olímpico del año 2000 (cuya base legal se encuentra en la regla 48 de la Carta Olímpica).

¹⁴⁵ Para una detallada exposición de las sustancias y métodos prohibidos véase el artículo de CASAJÚS MALLÉN, J.A.: «Dopaje, salud y deporte» aparecido en *Informaciones Terapéuticas del SNS*, vol. 29, n.º 1, 2005 (descargable desde http://www.msc.es/estadEstudios/publicaciones/recursos_propios/infMedic/porVolumen/home.htm). Para un análisis de las muy novedosas técnicas de dopaje genético, consultar el libro de ANDY MIAH: *Genetically modified athletes* (London 2004). Un estudio de sus repercusiones jurídicas en el artículo de SKYLAR A. SHERWOOD: «Constitutional issues in genetic enhancement» aparecido en *Health Matrix*, vol. 11 (2001), págs. 633-657.

¹⁴⁶ FASTIFF, P.B.: «Gender verification testing: balancing the rights of female athletes with a scandal-free olympic games». *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 19, spring 1992, 937-961. Ljungqvist, ELJ *et al.*: «Gender verification of female athletes». *Genet Medicine*, 2(4), 2000, págs. 249-254.

Expertos en la materia) y de voces cualificadas (Asociación Médica Americana, Sociedad Americana de Genética Humana, entre otras) el COI ha decidido abandonar esta obligación de verificación ¹⁴⁷.

Armas-Servicios de Seguridad.

El **Reglamento de Armas** aprobado por Real Decreto 137/1993 establece que no podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas para las que la posesión o el uso de armas representen un peligro propio o ajeno (art. 98).

Por su parte, la **Ley 23/1992 Orgánica de Seguridad Privada** [art. 10.3, a)] y el **Reglamento de Seguridad Privada**, aprobado por Real Decreto 2364/1994 (arts. 53, 85 y concordantes) exigen que, para la obtención de la habilitación, y en todo momento para la prestación de servicios, los vigilantes de seguridad y los guardas particulares del campo habrán de tener la aptitud física y psíquica necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Como desarrollo de dichos preceptos, se aprobó el **Real Decreto 2487/1998 por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas** y para prestar servicios de seguridad privada (la OM de 14 de enero de 1999 aprueba los modelos de informes de aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y prestar servicios de seguridad).

3. Exámenes médicos obligatorios en casos especiales.

Administración General del Estado (AGE).

A) Empleados Públicos Civiles.

Contrariamente al texto reglamentario de 1984, el **Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado** ahora vigente no establece la obligación de demostrar siempre la aptitud física ¹⁴⁸.

Efectivamente, el artículo 19.1 del Real Decreto 364/1995 por el que se aprobó dicho Reglamento es del siguiente tenor: «1. En los procesos selectivos para ingreso en Cuerpos y Escalas de

¹⁴⁷ Una detallada historia de estas técnicas de verificación de sexo y de la controversia que suscitaron se puede encontrar en los artículos mencionados en la nota anterior.

¹⁴⁸ El Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964), aún en vigor, establece como requisito: «No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones» [art. 30.1 d)].

funcionarios serán admitidas las personas con minusvalía en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Las convocatorias no establecerán exclusiones por limitaciones psíquicas o físicas sin perjuicio de las incompatibilidades con el desempeño de las tareas o funciones correspondientes».

Más adelante, dicho reglamento determina el procedimiento a seguir cuando los tribunales tengan dudas sobre la capacidad del aspirante para el desempeño de las funciones (art. 19.3): «*Si en el desarrollo de los procesos selectivos se suscitara dudas al Tribunal o a la Comisión Permanente de Selección respecto de la capacidad del aspirante por el cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad para el desempeño de las actividades habitualmente desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo o Escala a que se opta, podrá recabar el correspondiente dictamen del órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales o en su caso de la Comunidad Autónoma correspondiente*»¹⁴⁹.

Existe desde hace dos años una norma concreta sobre el acceso al empleo público de personas con discapacidad. Se trata del **Real Decreto 2271/2004 por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas discapacitadas**. El artículo 10 de esta norma regula la adaptación de los puestos adjudicados en un proceso de selección de este tipo debiendo acompañar a la solicitud de adaptación «*un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados*».

B) Fuerzas Armadas¹⁵⁰.

Este colectivo dispone de todo un entramado de normas sobre sus requisitos sanitarios para acceder a la condición de militar. Los antiguos tribunales médicos pasaron a denominarse «*Juntas Médico Periciales de la Sanidad Militar*» y son las encargadas de la determinación de la aptitud psicofísica de este personal (existen juntas ordinarias, una junta superior y una específicamente psiquiátrica).

La base legal la constituye la **Ley 17/1999 de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas** [arts. 63.3, 83 a), 101, 107 y 157]¹⁵¹. El listado de procesos y condiciones sanitarias excluyentes para la vida militar se encuentra básicamente en la **Orden 79/1999 por la que se modifican los cuadros médicos de exclusiones y pruebas físicas en los procesos selectivos para ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas**.

¹⁴⁹ Todo lo expuesto hasta aquí es de plena aplicación al acceso a la condición de personal laboral (art. 34).

¹⁵⁰ La normativa se completa con la Orden 42/1994 que aprueba el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física para acceso a militar de empleo (tropa y marinería profesional) y la Orden de 17 de diciembre de 1997 que aprueba las normas para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación.

¹⁵¹ La Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introduce un nuevo segundo párrafo en el artículo 101 de esta ley con la siguiente redacción: «Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas o sustancias similares». La Guardia Civil tiene un sistema similar dada su condición de instituto armado (Ley 42/1999 de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil: art. 55). Recientemente se ha aprobado el Real Decreto 179/2005 sobre Prevención de RRL en la Guardia Civil, cuyo artículo 6.º está consagrado a la vigilancia de la salud.

Los modelos de historial clínico e informes de aptitud constan en la Orden PRE/2373/2003 por la que se reestructuran los órganos médico-periciales de la Sanidad Militar y se aprueban los modelos de informe médico y cuestionario de salud para los expedientes de aptitud psicofísica.

C) Cuerpo Nacional de Policía.

La base legal en este colectivo se encuentra en el artículo 16.4 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Dicha provisión ha sido desarrollada por la Orden Ministerial de 11 de enero de 1988 en la cual se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el citado cuerpo. La Resolución n.º 61 de 13 de julio de 1990 de la Dirección General establece el procedimiento de determinación y los protocolos de las aptitudes médicas. Recientemente (tras verse incurso España en procedimiento sancionador por parte de la UE) se ha aprobado el Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cuyo artículo 10 está consagrado a la vigilancia de la salud.

Extranjeros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

Los requisitos sanitarios fueron establecidos genéricamente por la derogada Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (art. 112) ¹⁵², pero han desaparecido de la actual Ley de Extranjería. Sin embargo, el actual Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería (RD 2393/2004) los mantiene como requisito para pedir la autorización para trabajar por cuenta ajena: «Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional» [art. 51.7 c)].

El artículo 9.º de ese Reglamento determina que se podrá exigir «en los puestos fronterizos» un certificado médico expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la misión diplomática u oficina consular española, o someterse a su llegada, en la frontera, a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes, para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional ¹⁵³.

Trabajadores temporales de colaboración social.

La derogada Ley 51/1980 Básica de Empleo disponía que la aptitud física era un requisito para realizar trabajos temporales de colaboración social [art. 6.º e)].

¹⁵² Era del siguiente tenor: «En los puestos de acceso deberán someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles, por razones de sanidad pública, en la forma y con las garantías establecidas en los Tratados Internacionales, en los que es parte España, y en las disposiciones vigentes».

¹⁵³ El régimen para las personas provenientes del Espacio Económico Europeo (EEE) es más liberal: sólo exigible en casos de peligro para la salud pública (véanse arts. 12.2 y 16.4 del RD 178/2003 sobre entrada y permanencia de nacionales del Espacio Económico Europeo y suizos).

En la vigente Ley 56/2003 de Empleo ha desaparecido la mención a dichos trabajos, pero sigue en vigor el **Real Decreto 1445/1982 por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo**, el cual establece que para dichos trabajos será obligatorio «*que coincida con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado*» [art. 38.1 d)].

Empresas de Selección de Trabajadores (EST).

En nuestro ordenamiento hay escasas menciones a las tareas de dichas empresas:

En el artículo 22 de la Ley 56/2003 de Empleo («Principios básicos de la intermediación de los servicios públicos de empleo»):

«1. Los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, si bien podrán establecer con otras entidades convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación que tengan por objeto favorecer la colocación de demandantes de empleo.

2. La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos.»

En la derogada Ley Básica de Empleo se entraba más al por menor. Por ejemplo, su artículo 44.3 establecía que: «*Toda contratación realizada por las Empresas deberá ser comunicada al Instituto Nacional de Empleo, al que también informarán de sus tareas las Empresas dedicadas a la selección de trabajadores*» y su disposición adicional tercera contenía la siguiente obligación: «*Todos los organismos y entidades de carácter público y privado estarán obligados a facilitar al Servicio Público de Empleo Estatal y a los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas cuantos datos les sean solicitados en relación con el cumplimiento de los fines que les son propios, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*».

El TRLISOS tipifica en su artículo 15.1 como «falta grave» el «*No informar las empresas de selección de sus tareas al Instituto Nacional de Empleo*».

En la doctrina se ha criticado la inconcreción sobre las obligaciones de estas empresas, propugnándose la obligación de inscribirse en una lista o registro «*con lo cual habría una mayor dosis de transparencia en unas entidades que actúan en un terreno tan delicado como el de la colocación*»¹⁵⁴.

¹⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores». *Temas Laborales*, n.º 32 (1994), págs. 3-43.

Las agencias retribuidas de colocación están prohibidas en nuestro país merced a la ratificación de los Convenios 34 y 96 (revisado) de la OIT, ratificados por España. Desde su promulgación en 1994, la Ley 10/1994 de medidas urgentes de fomento de la ocupación permite las agencias de colocación sin fines lucrativos siempre que garanticen en su ámbito de actuación «*el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado*» (vid. art. 16.2 TRLET y art. 2.º 2 del RD 735/1995 por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos).

Empresas de trabajo temporal (ETT).

El **Real Decreto 216/1999 sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal** dispone que, con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal de [art. 2.º 2 d)]: «*las medidas de vigilancia de la salud que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador y su periodicidad*». Según el número 3 del mismo artículo, dicha información deberá «*incorporarse en todo caso al contrato de puesta a disposición*».

No hay que olvidar que esta regulación tiene como objetivo, según el artículo 1.º de este Real Decreto, establecer disposiciones específicas mínimas de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal reguladas por la Ley 14/1994, de 1 de junio, para ser puestos a disposición de empresas usuarias, con objeto de garantizar a estos trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación, el mismo nivel de protección que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios.

Los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a la vigilancia periódica de su salud a cargo de la empresa de trabajo temporal en los términos previstos en la LPRL y en el Reglamento de los Servicios de Prevención, teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo a desempeñar, los resultados de la evaluación de riesgos realizada por la empresa usuaria y cuanta información complementaria sea requerida por el médico responsable. Una vez realizada dicha vigilancia, la ETT deberá acreditar documentalmente a la empresa usuaria que el trabajador puesto a su disposición a) ha recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, b) posee la formación específica necesaria y c) cuenta con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar».

Esta obligación, inscrita en el real decreto de referencia, incumbe a la ETT pero hay un importante sector doctrinal que vería más justificado que fuera la empresa usuaria la que se encargase de este deber ¹⁵⁵.

¹⁵⁵ CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1998, pág. 466. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.T.: «La seguridad e higiene en la nueva regulación de las ETT» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 75, 1996, pág. 144. Además, en muchas ocasiones, la empresa usuaria tendrá Servicio de Vigilancia de la Salud que estará más familiarizado con los riesgos inherentes al trabajo presentes en la empresa usuaria.

Esta obligación de la ETT tiene su contrapartida por parte de la empresa usuaria, ya que es obligación de la misma asegurarse (art. 4.º 1 del RD) de que el trabajador reúne, entre otras, las siguientes condiciones: «a) *Ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar*»¹⁵⁶.

ANEXO II: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL¹⁵⁷

a) Convenios de la OIT

- Convenio **13** sobre la Cerusa (pintura), 1921, artículo 5.º III.
- Convenio **16** sobre Examen Médico de los Menores (Trabajo Marítimo), 1921.
- Convenio **29** sobre trabajo forzoso, 1930, artículos 11.1. a), 17.1, 18.
- Convenio **73** sobre Examen Médico de la Gente de Mar, 1946.
- Convenio **77** sobre Examen Médico de los Menores (Industria), 1946.
- Convenio **78** sobre Examen Médico de los Menores (Trabajos no Industriales), 1946.
- Convenio **83** sobre Normas de Trabajo (territorios no metropolitanos), 1947, anexo.
- Convenio **88** sobre el servicio de empleo, 1948, artículo 6.º a) (iii).
- Convenio **110** sobre las Plantaciones, 1958, artículo 11.
- Convenio **111** sobre la discriminación (empleo)¹⁵⁸, 1958, artículo 1.º, epígrafes 1 a) y 3.
- Convenio **113** sobre Examen Médico de los Pescadores, 1959.
- Convenio **115** sobre la Protección contra las Radiaciones, 1960, artículos 12 y 14.
- Convenio **124** sobre Examen Médico de los Menores (trabajo subterráneo), 1965.
- Convenio **136** sobre el Benceno, 1971, artículos 9.º, 10 y 11.

¹⁵⁶ Es infracción grave que la empresa usuaria permita el inicio de la actividad a un trabajador que no cuente con un estado de salud compatible con el puesto a desempeñar, según artículo 19.2 f) TRLISOS (véase también art. 42.3). Este epígrafe es fruto de la Ley 54/2003 de Reforma del Marco Normativo de la LPRL.

¹⁵⁷ No se incluyen los textos no vinculantes (recomendaciones, declaraciones, etc.) que, en muchos casos, clarifican el resto de textos. Hacemos excepción en el caso del Consejo de Europa.

¹⁵⁸ Aunque en el texto del Convenio (ni en su recomendación homónima) se mencionan explícitamente los requisitos psicofísicos, son numerosos los países que han ratificado este convenio y que fundamentan en dicho instrumento la adopción de normas protectoras en este sentido.

- Convenio **139** sobre el Cáncer profesional ¹⁵⁹, 1974, artículo 5.º.
- Convenio **148** sobre el Medio Ambiente del Trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977, artículo 11.
- Convenio **152** sobre Seguridad e Higiene (Trabajos Portuarios), 1979, artículo 36.
- Convenio **159** sobre la readaptación profesional y el empleo de minusválidos, 1983 ¹⁶⁰.
- Convenio **161** sobre los Servicios de Salud en el Trabajo, 1985, artículos 5.º f), 10, 11 y 12.
- Convenio **162** sobre Utilización del Asbesto en condiciones de seguridad ¹⁶¹, 1986, artículo 21.
- Convenio **167** sobre Seguridad y Salud en la Construcción, 1988, artículo 21.2 (trabajos en aire comprimido) ¹⁶².
- Convenio **171** sobre el Trabajo Nocturno, 1990, artículos 4.º 1 a) , 6.º y 7.º.
- Convenio **176** sobre la Seguridad y la Salud en las Minas, 1995, artículo 11.
- Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948, artículo 2.º.
- Convenio **179** sobre la Contratación y la Colocación (Gente de Mar), 1996, artículo 4.º 1 a).
- Convenio **181** sobre las Agencias de Empleo Privadas, 1997, artículos 5.º 1 y 6.º.
- Convenio **186** sobre el trabajo marítimo, 2006, reglas 1.2, 1.4 y 4.3 (véase también el Anexo A5-1).

b) Normativa del Consejo de Europa.

- **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** (1950), artículos 8.º y 14 (versión refundida).
- **Carta Social Europea** (1961), artículos 1.º 2 y 7.º 9.

¹⁵⁹ La recomendación homónima (147, mismo año) prevé los reconocimientos médicos «anteriores a la asignación de la tarea» (disp. 11.ª).

¹⁶⁰ Considera como principio fundamental de una política nacional en este ámbito «promover las posibilidades de empleo de las personas minusválidas en el mercado libre de trabajo» (art. 3.º).

¹⁶¹ La Recomendación homónima (172, mismo año) prevé el reconocimiento médico «previo al desempeño del trabajo» (disp. 31.ª).

¹⁶² La recomendación 175 sobre la misma materia prevé asimismo un «control médico» para este tipo de trabajos pero curiosamente (como hace el Convenio) no dice nada sobre los exámenes médicos para el resto de los trabajadores de ese importantísimo sector (sólo en la disp. 42.ª indicando que «la autoridad competente debería llevar registros de (...) la evaluación de la salud de los trabajadores durante un período prescrito por la legislación nacional».

- **Convenio Europeo sobre el Estatuto del Trabajador Migrante** (1977), artículo 3.º («Examen médico y profesional»).
- **Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal** (1981).
- **Convenio contra el Dopaje** (1989).
- **Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina** (1997), sobre todo capítulos 3 («Vida privada y derecho a la información») y 4 («Genoma Humano»).
- Resolución 72 (4) sobre la Protección de los Jóvenes en el Trabajo, disposición 13.ª (18 de febrero de 1972).
- Resolución 72 (5) sobre la armonización de las medidas destinadas a proteger la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, disposición 9.º (epígrafes f, g, h, i, p, q) (18 de febrero de 1972).
- Resolución 73 (22) relativa a la Protección de la Vida privada de las personas físicas en relación con los bancos de datos electrónicos en el sector privado (26 de septiembre de 1973).
- Resolución 74 (29) relativa a la Protección de la Vida privada de las personas físicas en relación con los bancos de datos electrónicos en el sector público (20 de septiembre de 1974).
- Recomendación 84 (19), sobre la Carta Europea contra el Dopaje en el deporte (25 de septiembre de 1984).
- Recomendación R 89 (2) relativa a la Protección de los Datos de carácter personal utilizados con fines de empleo (18 de enero de 1989), sobre todo el artículo 10.
- Recomendación R 92 (3) sobre los test y despistaje genéticos con fines médicos (10 de febrero de 1992), principio 6.º.
- Recomendación R 92 (6) sobre una Política coherente para las personas discapacitadas (9 de abril de 1992), Anexo VII (Empleo).
- Recomendación R 94 relativa al Despistaje como instrumento de Medicina Preventiva (10 de octubre de 1994).
- Recomendación R 97 (5) relativa a Protección de los Datos médicos automatizados (13 de febrero de 1997).

c) Otras normas internacionales.

- Naciones Unidas: **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (1966): artículo 6.º 1 (derecho al trabajo).

- Naciones Unidas: **Convención sobre el Estatuto de los Apátridas** (1954): artículos 17 y 18 (derecho al trabajo).
- Naciones Unidas: **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados** (1950): artículos 17 y 18 (derecho al trabajo).
- Naciones Unidas: **Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (1965), artículo 5.º (derecho al trabajo).
- Naciones Unidas: **Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer** (1979), artículo 11.1 (derecho al trabajo).
- OACI: **Convención sobre la Aviación Civil Internacional** (*Convenio de Chicago*) (1944), Anexo I: Normas y Prácticas Internacionales recomendadas (Capítulo I sobre normas médicas para las licencias de vuelo).
- OMI: **Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar** (enmendado en 1995): regla I/9 («Normas médicas») y sección B-I/9 («Orientación sobre las normas médicas»).
- OUA: **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos** (1981) (En vigor desde 1986): artículo 15 (derecho al trabajo).
- OEA: **Carta de la Organización de Estados Americanos** (1948): artículo 45 b) (derecho al trabajo).
- OEA: **Declaración Americana de Derechos del Hombre** (1948): artículo 7.º.
- OEA: **Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos** (Protocolo de San Salvador) (1988): artículos 6.º (derecho al trabajo) y 7.º b).
- BENELUX: **Tratado instituyendo la Unión Económica del Benelux** (1947): artículo 2.º 2 b) (derecho al trabajo).
- Consejo Nórdico: **Acuerdo sobre un Mercado Común Nórdico de Trabajo** (1954): (derecho al trabajo).
- Comunidad de Estados Independientes: **Convención sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** (1995): artículo 14.1 (derecho al trabajo).

ANEXO III: CÓDIGOS DE ÉTICA PROFESIONAL

- **Comisión Internacional de Salud Ocupacional** (International Commission on Occupational Health): «Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional» (versión actualizada de 2002).

- **Organización Internacional del Trabajo:** «Principios Directivos Técnicos y Éticos relativos a la Vigilancia de la Salud» (1998) ¹⁶³.
- **Asociación Médica Mundial:** «Código Internacional de Ética Médica» (última versión de 1983).
- **Comisión Internacional sobre Test** (International Test Commission): «Guía de actuación internacional para el desarrollo de normas para la ejecución de test».
- **Comisión de Medicina del Trabajo de Australasia** ¹⁶⁴: «Guía Ética y de Conducta Profesional para los Médicos Laborales» (1988).
- **Comité Permanente de Médicos de la CE:** «Carta de Salud Ocupacional» (revisión de 1980).
- **Asociación Canadiense de Medicina Laboral y Ambiental:** «Código de Deontología de los Médicos Laborales y Ambientales» (versión revisada de septiembre de 1994).
- **Asociación Médica Canadiense:** Guía para médicos del trabajo denominada «Servicios de Medicina del Trabajo» (diciembre de 1988), documento «Guidelines for fitness-to-work examinations» (Guía para los exámenes de aptitud para el trabajo) (1986), «Código de Deontología de los médicos del trabajo y del ambiente» (noviembre de 1999) ¹⁶⁵.
- **Asociación Médica Americana:** documento «Utilización de test genéticos por los empleadores» (1991).
- **Colegio Americano de Medicina Laboral y Ambiental (ACOEM):** «Código de Ética» (1993) ¹⁶⁶.
- **Real Colegio de Médicos** (Gran Bretaña) (sección de Medicina del Trabajo): «Guía Ética para los Médicos del Trabajo» (1993).
- **Asociación Médica Británica** (Comité de Salud Laboral): «The Occupational Physician» (el Médico del Trabajo).
- **Asociación Americana de Enfermería del Trabajo:** «Código de Ética» (1991).
- **Real Colegio de Enfermería** (Gran Bretaña): «Guía para Servicios de Salud Laboral: manual para personal de enfermería y empleadores» (2.ª edición, 1991).
- **Asociación Psicológica Americana (APA):** «Derechos y Responsabilidades de los que se someten a Test: Guías de actuación y expectativas» (agosto de 1998). «Principios para la

¹⁶³ Esta organización internacional (por sí misma o en conjunción con otras) ha adoptado diversas tomas de posición sobre temas conexos (análisis de drogas a trabajadores, detección del SIDA, protección de datos personales, etc.).

¹⁶⁴ Utilizo ese neologismo inexistente en español para designar a Australia más Nueva Zelanda (es el término que aparece en el original).

¹⁶⁵ El Colegio de Médicos de Quebec aprobó en enero de 1997 un documento denominado «Les examens médicaux de pré-affectation au travail».

¹⁶⁶ Esta asociación ha aprobado múltiples tomas de posición sobre temas conexos al de este trabajo (tests de detección de drogas, SIDA, secreto profesional, etc.).

validación y uso de los procedimientos de selección de personal» (2003). La APA aprobó en 1992 un código genérico para la profesión: «Principios Éticos de los Psicólogos y Código de Conducta Ética».

- **Sociedad Francesa de Psicología:** «Les test de recrutement» (anexo al Código de Deontología de la citada sociedad).
- **Colegio Oficial de Psicólogos (España):** «Código Deontológico del Psicólogo». Artículos 10 (no discriminación en el ejercicio de la profesión), 39 (respeto escrupuloso del derecho de su cliente a la propia intimidad), 40 (secreto profesional, del que sólo podría ser eximido por el consentimiento expreso del cliente), 42 (derecho de los clientes a ser informados del hecho de que la evaluación psicológica se efectúa por encargo de un empleador y derecho a conocer el contenido del Informe Psicológico), 46 (conservación de los registros escritos y electrónicos de datos psicológicos).
- **Consejo General de Colegios Médicos (España):** «Código de Ética y Deontología Médica» (1999): 11 (certificados médicos), 13 (historias clínicas), 17 (informática), capítulo XVII (peritajes médicos).