

JUAN CARLOS ITURRI GARATE

Discapacidad, enfermedad y factores genéticos

Prohibición de discriminación por estas causas en el ámbito comunitario europeo.



1.- Introducción.

El esquema que pretendo utilizar es muy simple. Primero trataré de la discriminación por razón de discapacidad – generalidades, legislación y jurisprudencia- y luego de los problemas que suscita la genética en el ámbito laboral – generalidades, legislación, situación actual y problemática de futuro -.

También he de advertir que he procurado centrar la materia exclusivamente en lo que hace referencia a la especificidad que plantea la prohibición de la discriminación por razón de discapacidad y por causa genética, obviando los aspectos comunes que, en relación a discriminación por el resto de causas “odiosas”, plantea la normativa comunitaria sobre las que versa el curso.

He pretendido hacer un trabajo claro, sencillo y conciso. Espero que les sirva.

2.- Discriminación por razón de discapacidad.

2.-1.- Generalidades.

Hay que empezar señalando lo básico. Las personas con discapacidad son primeramente personas y por tanto, ciudadanos frente al Estado. Es decir, titulares de una serie de derechos y obligaciones que el Estado reconoce a todas las personas o a sus nacionales, dependiendo de los casos.

En principio, como titular de esos derechos tiene también aptitud para actuarlos.

Sin embargo, en ciertos supuestos es la propia condición de discapacidad la que impide el que pueda actuar por sí tales derechos de los que es titular -ejercitarlos en la dogmática clásica- y para estos casos se prevén los institutos tutelares.

López Peláez alude a que la condición de ciudadano de derecho supone tres dimensiones básicas: *“la dimensión civil (derechos unidos a la libertad individual: libertad de credo, de pensamiento, derecho a la propiedad, libertad de movimiento); la dimensión política (derecho a participar en el ejercicio del poder político); y la dimensión social (que abarca todo aquello que hace posible la vida como tal en una sociedad democrática de mercado: derecho a la seguridad, a un mínimo de bienestar económico, y derecho a disfrutar de un acceso libre a lo que consideramos dimensiones básicas de la vida social: trabajo, educación, sanidad, servicios sociales)”*.

Esos derechos sociales señala tal autor citando a Marshall, incluyen *“todo el espectro desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad”*.

Es en el ámbito de estos derechos cuando aparece la persona con discapacidad.

Pues bien, para el ejercicio de los derechos de los que es titular, la realidad evidencia que las personas con discapacidad tienen una serie de rémoras u obstáculos que les impiden o les limitan para el ejercicio de estos derechos. Ante esta

situación, los estados de nuestro entorno cultural asumen la obligación de superar esos obstáculos o suprimir esas rémoras. Este es el objetivo de las diversas políticas legislativas en esta materia.

Por otra parte, este colectivo lo formamos un número importante de personas. La Organización de Naciones Unidas calcula que se trata del diez por ciento de la población mundial, unos seiscientos cincuenta millones de individuos. No nos olvidemos que desde la Organización Internacional del Trabajo se informa que en el mundo se calcula que hay unos 386 millones de personas con discapacidad en edad de trabajar.

Pues bien, este ciudadano que es la persona con discapacidad vive. A grandes rasgos esto significa que puede que trabaje o no, que estudie o no, que tenga pareja o no, que tenga hijos o no, que haga deporte o no, que realice unas u otras actividades culturales o de ocio, que tenga propiedades o no, que tenga negocios o no, etc. Es decir, que puede que haga lo mismo que hacen el resto de los ciudadanos, sólo que si opta por hacerlo, el elemento determinante de su discapacidad puede tener alguna influencia en esas facetas (por supuesto no en todas ni forzosamente).

Esto viene a colación de que, en materia de personas con discapacidad, la legislación es de lo mas variada, pues ha de atender a la educación de estos ciudadanos, a su asistencia sanitaria, a su sistema de seguridad social, a su sistema de bienestar social, a su trabajo, a su

deporte, a su vivienda, a sus medios de comunicación, a sus medios de desplazamiento o transporte, a su ocio, etc.

A ello responde la recurrente idea de transversalidad. Es decir, el legislador ha de atender en los diversos sectores de actividad lo que requiere el colectivo y de ahí que tengamos una normativa dispersa y prolija que o bien atiende con carácter general al colectivo o bien atiende los diversos ámbitos en que la persona con discapacidad se desenvuelve.

Esta parte del trabajo se centra en lo laboral comunitario y en concreto, en lo que es la regulación por discriminación derivada de tal circunstancia personal.

Pero antes de entrar en ello, bueno es resumir la realidad actual. La explica muy bien Sid Wolinsky (Disability Rights Advocates. California, Estados Unidos de América), quien dice: *“Como grupo, las personas con discapacidad son ciudadanos de segunda clase en el lugar de trabajo prácticamente en todos los países de la Tierra. Debido a una combinación de factores, entre los que se incluyen unos niveles formativos inferiores, así como una serie de prejuicios, en general las personas con discapacidad no trabajan y las que lo hacen ocupan puestos de poca especialización y perciben retribuciones inferiores”*.

2.- 2.- Normativa

2.- 2.- 1.- Enunciación de diversa normativa internacional y comunitaria.

A) Convención Internacional sobre

los derechos de las personas con discapacidad.

La Organización de Naciones Unidas aprobó en fecha 13 de diciembre de 2.006 la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el que se fija, entre otros muchos preceptos, en su artículo 10: *“Los países deben garantizar que las personas con discapacidad disfruten del derecho inherente a la vida en un pie de igualdad con otras personas”*.

Es un derecho fundamental de toda persona el de la igualdad ante la ley y también el derecho a estar protegida contra la discriminación.

Su artículo 5 prohíbe expresamente la discriminación por discapacidad.

Esta Convención es una novedad legislativa en el ámbito internacional y esperemos que en los próximos años despliegue la enorme virtualidad teórica que representa su articulado.

En algunos de los países de la Comunidad Europea tal tratado ya forma parte del ordenamiento jurídico interno.

Tal es el caso español, a la luz del artículo 96 punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978 y sirve de elemento hermenéutico en materia de derechos fundamentales ex artículo 10 punto 2 de la misma Norma.

B) Tratado constituyente europeo.

Ya en el ámbito comunitario, en pri-

mer lugar se ha de citar el propio Tratado de la Unión Europea de Ámsterdam, y los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de las Comunidades Europeas de Lisboa que entrarán próximamente en vigor.

Recordar que ya el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, que, como señala Hernández Vitoria incorpora el contenido del antiguo artículo 6 A) del Tratado de Roma, dice: *“El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Los de Lisboa, de 13 de diciembre de 2.007, con prevista entrada en vigor el año que viene, también regulan la materia de la discriminación por razón de discapacidad.

De un lado, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de las Comunidades dice: *“En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”*

De otro, hemos de partir de que el Tratado Constitucional considera con valor de Tratado (artículo 6) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, Niza.

Pues bien, recordar que el artícu-

lo 21 punto 1 de aquella Carta dice: *“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida 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.”*

Así mismo, se ha de resaltar que ya en el Consejo de Laeken, en diciembre de 2.001, se aprobó la decisión por la que se fijó el año 2.003 como el Año Europeo de las Personas con Discapacidad y precisamente el primero de los objetivos que, en relación con tal celebración se fijaron fue *“la sensibilización sobre el derecho de las personas con discapacidad a verse protegidas frente a la discriminación y a disfrutar plena y equitativamente de sus derechos”*.

También conviene traer a colación que el año 2.007 fue el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todos, según se aprobó en Decisión 771/2.006, del Parlamento y del Consejo de Unión Europea de 17 de mayo de 2.006 y que a la condición de discapacidad como factor obstativo a la igualdad de trato ha de ser superado.

C) Directivas comunitarias.

Centrando ya la materia en lo que es el objeto de este trabajo, se ha de advertir que, de las tres Directivas antidiscriminación fundamentales (la 2000/43, la 2000/78 y la 2002/73) la que centra nuestro interés es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de

2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2.- 2.- 2.- La Directiva 2000/78.

2.- 2.- 2.- 1.- Presupuestos sobre los que se asienta la Directiva.

Aún y cuando no forman parte del concreto articulado de la Directiva, los previos 37 considerandos de la misma nos dan una serie de ideas sobre lo que pretende el legislador comunitario en la concreta materia de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

De todos estos previos me interesa resaltar cuatro ideas:

1.- Que es un derecho fundamental de toda persona el de la igualdad ante la ley y también el derecho a estar protegida contra la discriminación (considerando cuarto).

Aunque ello sea básico, no está nunca de más resaltarlo, como tampoco está de más considerar que por eso está protegido en el Derecho Internacional.

En este punto, hemos de recordar el ya citado artículo 5 y el 10 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas. Expresamente alude a la igualdad de trato.

2.- Que el sector del empleo es elemento fundamental para la integración social de las personas con discapacidad.

Al efecto, en su considerando octavo se recuerdan las directrices para el

empleo del año 2000 -aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999- que ya subrayaron la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad.

Esta aseveración es unánimemente compartida por todos los especialistas en la materia.

3.- Que este tipo de discriminación -al igual que las otras cuatro reguladas en tal directiva (religión, convicciones, edad y orientación sexual - pone en peligro la consecución de algunos de los objetivos fundamentales de los tratados fundacionales.

Interesa destacar que los Estados miembros asumen que tal tipo de infracción del principio de igualdad de trato ataca a parte de los principales objetivos constitutivos de la Comunidad.

En concreto, a los del logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas, según indica el considerando undécimo.

Por tanto, se considera prioritaria la lucha por tal igualdad de trato, en cuanto que es medio para alcanzar aquellos objetivos comunitarios, que dan razón de ser a la propia Comunidad Europea.

4. Que la integración laboral de

las personas con discapacidad ha de ser efectiva.

De hecho, en el considerando vigésimo se resalta la necesidad de adoptar medidas que sean eficaces -resaltándose la idea al añadir la que además deben ser prácticas- para poder acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, citándose varios ejemplos, como son la adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

2.- 2.- 2.- 2.- Objetivo de la Directiva.

En realidad la Directiva se enmarca en una lucha que se sigue en nuestro ámbito cultural europeo. Se considera “odioso” el que se pueda discriminar al ciudadano por concretas causas, y por abreviación, surge el concepto de “discriminación por causas odiosas” que puede dar lugar a equívocos en su literalidad, pues no es que sean odiosas las causas, sino discriminar por tales causas.

Y ello porque tal prohibición de discriminar por tales causas no es más que un medio para un objetivo: la igualdad de trato.

A su vez tal principio de igualdad de trato es prioritario para la CEE, como se ha expuesto (vide 2.2.2.1 punto 3)

En efecto, así se deduce paladinamente del artículo 1 de la propia Directiva.

Sin embargo, se ha de añadir que en la Directiva la preservación de tal

principio de igualdad de trato quedó constreñido exclusivamente al ámbito laboral, obviando otros ámbitos en el que también se impone aquel derecho fundamental señalado por la Organización de Naciones Unidas. Como se explica a continuación, la propuesta de futura Directiva antidiscriminación (Bruselas, 2 de julio de 2.008) amplía el ámbito a otros campos.

2.- 2.- 2.- 3.- Ámbito de aplicación.

El artículo 3 punto 1 dispone que la Directiva se aplicará a todas las personas, tanto en el sector público como en el privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organiza-

ción cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

En la actualidad, no se incluye en el ámbito de la Directiva ni la Seguridad Social como tal ni el más amplio concepto de protección social.

Sin embargo, hay perspectivas de futuro. En efecto, se ha de recordar que en fecha 2 de julio pasado, en Bruselas, la Comisión aprobó la propuesta de Directiva relativa a la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo.

En principio, tal propuesta tiene por objeto garantizar el principio de igualdad de trato en los sistemas de protección social de los Estados miembros, incluida expresamente la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, en la educación -con restricciones-, en el acceso y suministro de bienes y servicios privados comercialmente disponibles al público, incluyendo la vivienda.

2.- 2.- 2.- 4.- Obligación de ajuste razonable.

Viene regulada en el artículo 5 de la Directiva 2.000/78.

Supone que se impone, por ella, una obligación empresarial: la llamada "obligación de ajuste razonable".

El concepto "ajuste razonable" se considera proviene del Derecho inglés,

en concreto del Disability Discrimination Act de 1.995 (Esteban Legarreta).

La obligación consiste en que, en función de las necesidades de cada situación en concreto, los empresarios han de adoptar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación.

Pero esta obligación es genérica y admite una excepción: que tales medidas resulten una excesiva carga para el empresario.

En todo caso, se advierte que la medida no cabe que sea reputada como excesiva si es paliada la carga en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro de que se trate sobre discapacidades. Tratamos, pues, de una excepción de la excepción.

Al ajuste razonable se sigue dedicando también la propuesta de futura Directiva antidiscriminación a la que ya se ha hecho mención (artículo 4) pretendiendo una accesibilidad que, si no es universal, por lo menos se pretende que sea genérica, imponiéndose tal regla en:

- los medios de transporte nuevos y edificios destinados a tales medios de transporte y así mismo, fijando un plazo de adaptación de los antiguos (quince años), así como otras medidas, como fijar un vagón adaptado por cada ruta en tren y similares.

- los edificios nuevos destinados a servicios públicos del Estado, con un

plazo similar de quince años para alcanzar la adaptación de los antiguos.

- la totalidad de las viviendas de nueva construcción de promoción pública y un veinte por ciento de la privada.

También se prevé tal accesibilidad en lo que hace referencia a las telecomunicaciones.

2.- 2.- 2.- 5.- Medidas de acción positiva.

Ya se ha dicho que las personas con discapacidad son ciudadanos y por tanto, titulares de derechos y obligaciones frente al Estado. De otro lado, ya se ha dicho que la finalidad de la Directiva es garantizar la igualdad de trato laboral.

También se ha apuntado que la realidad nos demuestra que los ciudadanos con discapacidad siguen sufriendo discriminación también en el mundo laboral y una de las técnicas para superar esta situación es precisamente adoptar medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad.

La finalidad de legitimar este tipo de medidas es la que preside el artículo 7 punto 2 de la Directiva.

Dice: *“el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.”*

Tal tipo de medidas suele pasar por mantener porcentajes mínimos de puestos de trabajo que forzosamente deban ser ocupados por personas con discapacidad – el llamado sistema de cupos o reservas de puestos de trabajo en empresas medianas o grandes-, fijar regímenes jurídicos laborales especiales para concretas personas con discapacidad – el llamado empleo protegido-, subvenciones directas a la contratación de personas con discapacidad, reducciones de cotizaciones de Seguridad Social e impositivas, etc.

Cada país tiene sus propias normas de derecho interno en esta materia.

En España, por ejemplo, estas medidas se contienen actualmente en el artículo 48 de la Ley 13/1.982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y en el artículo 2 punto 1 letra g del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo), entre otra normativa muy diversa.

2.- 2.- 2.- 6.- Aplicación por los Estados de la normativa comunitaria.

En principio, se establece en el artículo 18 de la misma un plazo para la entrada en vigor y una excepción que permite retrasar tres años más su entrada en vigor.

En efecto, se fijó que entrase en vigor, como principio general, el día 2 de diciembre de 2.003, para los miembros de la Europa de los quince, el 1 de mayo

de 2.004, para otros diez nuevos estados y el 1 de enero de 2.007 para Bulgaria y Rumanía, bien que se permitió una prórroga de retraso de tres años más, previa comunicación.

En España la Directiva principalmente se recibió por la vía de las Leyes 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la 62/2.003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2.004.

Lo mismo acaeció en el Reino Unido, que aprobó en el año 2.003 un Reglamento que modificaba la Disability Discrimination Act de 1.995 que entró en vigor el día 1 de octubre de 2.004.

Sin embargo, en el lado negativo se ha de resaltar dos sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2.006 declararon que los estados de Austria y Alemania habían incumplido aquellos plazos en materia de adaptación de la Directiva en cuanto a discriminación por razón de discapacidad. La de 20 de octubre de 2.005 había hecho similar declaración en relación al Gran Ducado de Luxemburgo.

2.-3.- Doctrina del Tribunal de las Comunidades sobre la Directiva.

Hasta el presente, son escasas las sentencias que han recaído sobre la interpretación y aplicación de la Directiva. Son las sentencias de la Gran Sala rela-

tivas al asunto Chacón Navas y Coleman.

2.- 3.- 1.- Asunto Chacón Navas.

La señora Chacón Navas trabajaba en una empresa de restauración colectiva, siendo declarada en baja laboral por enfermedad el día 14 de octubre de 2.003, no estando en condiciones de reincorporarse al puesto de trabajo a corto plazo. En fecha 28 de mayo de 2.004 la empresa despide a la trabajadora sin especificar el motivo de su decisión y reconociendo el despido improcedente y ofreciéndole una indemnización. En la demanda dicha señora alegó que fue despedida por estar de baja ocho meses, lo que entendía que imponía la calificación del despido como nulo, al atentar a la igualdad de trato y suponer discriminación.

El Juez español remite la cuestión prejudicial al Tribunal al considerar que fue la baja laboral por enfermedad el único motivo del despido. Para ello advierte que ha aplicado las reglas sobre inversión de la carga de la prueba a las que alude la propia Directiva y que en España se han desarrollado por la vía del artículo 20 de Ley 51/2003, LIONDAU española en materia de discapacidad.

En fecha 11 de julio de 2.006, en el asunto C- 13/05, la Gran Sala del Tribunal de Justicia resolvió tal cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, que for-

malmente planteaba dos preguntas en la cuestión que sometió:

1.- Principalmente, si la enfermedad puede incluirse dentro del concepto de discapacidad y ser susceptible de protección en el marco de la Directiva 2000/78/CE.

2.- En su defecto, si la enfermedad debe ser considerada *per se* como una señal identitaria que debería añadirse al elenco de causas de discriminación previstas en la citada Directiva 78/2000.

Procede analizar los razonamientos del Tribunal.

A.- En cuanto al concepto de discapacidad.

1.- El Juez proponente (Magistrado Aramendi Sánchez) partía de que entre la enfermedad y la discapacidad había una relación causal.

a.- Para ello partió de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (“CIF”) de la Organización Mundial de la Salud.

Según la misma, entendió que discapacidad es un término genérico en el que se incluyen las deficiencias y factores que limitan la actividad y la participación del individuo en la vida social.

b.- De otro lado, resaltó el dato constatado de que la enfermedad puede producir esas deficiencias que limiten tal actividad y además, puede pasar y de hecho es frecuente, que la misma enfermedad determine que esas deficiencias se transformen ya irreversibles.

c.- Por ello planteaba si debían equi-

pararse ambos conceptos en la Directiva, advirtiendo de los peligros que se producirían de no aceptarse tal equiparación: se produciría un vaciamiento del contenido la protección pretendida por el legislador y se fomentarían las prácticas discriminatorias incontroladas.

2.- En este punto, lo primero que hace la Gran Sala es constatar que la Directiva no contiene un concepto de discapacidad ni tampoco remite al Derecho de los Estados miembros para definir tal concepto. Por tanto, no hay ni definición legal comunitaria del concepto ni media remisión a la normativa interna de los Estados miembros en orden a tal definición.

Sin embargo, considera que se impone fijar ya un concepto unitario a los efectos de la Directiva. Para ello aduce que así lo impone el principio de igualdad, aparte de las derivadas de la exigencia uniforme aplicación del Derecho Comunitario.

Entrando ya a definir el concepto, primero señala lo que entiende son sus características, dada la propia finalidad de la Directiva.

A estos efectos, considera que la discapacidad supone una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supone un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional.

Seguidamente, profundiza y advierte que el legislador comunitario escogió el concepto “discapacidad” y no el de “enfermedad”.

Entiende tal nomenclatura conscientemente seleccionada y por ello concluye que no cabe entender que sean sinónimos a efectos de aplicar la Directiva.

El siguiente paso consiste en reparar en las propias medidas contenidas en la Directiva, que se trata de medidas no provisionales, sino con cierta vocación de permanencia en el tiempo.

Concluye que el legislador comunitario concibió tal obstáculo como de larga duración, un “largo periodo” en los términos de la traducción oficial española. Implícitamente se deduce que considera que la enfermedad no contiene tal nota.

3.- Por tanto, según el Tribunal discapacidad supone una limitación de larga duración, causada por patologías físicas, mentales o psíquicas y que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional.

Como explica la profesora Cordero Gordillo, el Abogado General ya había advertido del carácter multívoco del término y que pudiera ser que lo que en un Estado se considere discapacidad no se considere en otro, siendo partidario de una acepción extensiva del término.

4.- Por otra parte, se ha de señalar que, pese a la solución de la Gran Sala, la equiparación terminológica planteada por el Juez madrileño no era irrazonable. En efecto, de hecho hay estados de los Estados Unidos de América donde se produce la equiparación conceptual y, desde otra perspectiva, es cierto que hay

casos en que la enfermedad actúa como elemento discriminador en las relaciones laborales, atentando directamente a la dignidad humana o casos en los que es difícil la diferenciación entre enfermedad y discapacidad, como las bajas de larga duración y limitativas del trabajo (profesor Estaban Legarreta).

Igualmente señala este autor como, aparte del ejemplo de U.S.A., de forma más flexible, la Disability Discrimination Act inglesa de 1.995 considera

**La realidad nos demuestra
que los ciudadanos con discapacidad
siguen sufriendo discriminación
también en el mundo labora.**

persona con discapacidad simplemente cuando la dificultad se prolonga más de doce meses o en relación a concretas enfermedades, como el SIDA, la esclerosis múltiple u otras, que permiten entrar directamente en la categoría de persona con discapacidad del enfermo en cuanto surgen las primeras dificultades en el desarrollo de las actividades cotidianas.

5.- Interesa destacar que el artículo 1 párrafo segundo de la Convención de la Organización de Naciones Unidas de 2.006 (ya citada) dice: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su*

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Vemos que, al igual que el Tribunal, si que alude expresamente a la nota de la larga duración de la deficiencia.

También conviene resaltar que la causa puede ser física, mental, intelectual o sensorial.

Así mismo, según tal definición no es necesario que haya real impedimento para la participación plena y efectiva en la sociedad, sino que basta con que se de la susceptibilidad de que ocurra tal cosa.

Por último, es interesante subrayar que la O.N.U. considera que ello puede ser porque así sea sin más o por el interactuar de lo que el Tratado llama “barreras” así lo produzca.

Particularmente considero que, a pesar de que sigue manteniendo la nota de larga duración, esta acepción es mas amplia que la considerada por el Tribunal de las Comunidades, pues no es necesario que se produzca efectivamente la limitación en el ámbito de referencia – la vida profesional en el de la Directiva- sino que basta con que exista esa posibilidad de limitación y ello porque así sea directamente o porque “interactúen” diversas barreras, sin que esta doble posibilidad haya sido tratada por el Tribunal Comunitario.

Se ha de reputar tal Convención como norma jurídica vinculante en los Estados europeos en los que la misma forme parte de su ordenamiento jurídi-

co, como es nuestro caso (vide mas arriba 2.2.1.a).

6.- En nuestro derecho interno si que tenemos otras definiciones de persona con discapacidad: artículo 7 punto 1 de la LISMI, Ley 13/1.982 y artículo 1 punto 2 de la Ley LIONDAU, Ley 51/2.003. Como quiera que el tema que tratamos es de índole comunitaria y no estatal, no profundizo en las diferencias entre aquellos conceptos y éstos.

7.- Lisa Waddington, comentando la propuesta de la nueva Directiva antidiscriminación de 2 de julio de 2.008, a la que ya es ha aludido, señala que tampoco contiene definición de persona con discapacidad, aunque resalta que los operadores jurídicos han creado unas líneas maestras sobre las que ha de girar el concepto, lo que obedeció a su preocupación por evitar que haya diversidad normativa estatal en este punto.

Literalmente dice: *“El párrafo 7 del preámbulo aclara que la discapacidad es una creación social que surge de la relación entre la discapacidad física, intelectual, sensorial o psicológica y el entorno. El párrafo 8 del preámbulo aclara que la discriminación por motivo de discapacidad afecta de manera adversa a las personas que actualmente presentan alguna discapacidad, que han presentado alguna discapacidad en el pasado y que lleguen a presentar alguna discapacidad en el futuro, a las personas asociadas con una persona con discapacidad así como a aquellas personas a las que se les considera como parte de unas de estas categorías.”*

B.- En cuanto a la protección de las

personas con discapacidad en materia de despido.

Antes de adentrarse en el fondo de tal cuestión, el Tribunal realiza dos matizaciones previas:

1.- No todo trato desfavorable por motivos de discapacidad da lugar a la protección de la Directiva, solo aquella que constituya discriminación.

2.- La Directiva no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas del puesto de trabajo correspondiente, sin perjuicio de recordar aquella obligación empresarial del ajuste razonable (considerando decimoséptimo).

Sobre estas premisas se concluye en que lo que prohíbe la Directiva es que quepa asumir un despido basado en motivos de discapacidad y que no venga justificado por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo en cuestión, a salvo siempre la posibilidad de ajuste razonable que regula la propia Directiva.

De conformidad con lo expuesto en materia terminológica, considera el Tribunal que tal protección no alcanza a los despidos basados en enfermedad.

C. En cuanto a la consideración de la enfermedad como un motivo equiparable a los otros respecto de los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación

(segunda pregunta de la cuestión planteada).

El Tribunal advierte que la enfermedad no está aludida ni en el artículo 13 del Tratado Constituyente (Ámsterdam, 1.999) ni a ella se alude en el artículo 1 de la Directiva.

Entiende que ello es una traba insalvable, que impide legalmente al Consejo adoptar medidas destinadas a combatir discriminaciones por tal causa.

Sin embargo, no se conforma con tal negativa, pues a renglón seguido expresamente advierte que es un principio general comunitario el de la no discriminación, pero sin que la que esté causada en la enfermedad tenga la protección de la Directiva.

Y añade que ello impone que los Estados miembros queden vinculados por aquel principio comunitario, en aquellos casos en que la situación sobre la que verse el litigio principal esté incluida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

2.- 4.- Asunto Coleman.

El supuesto de hecho es el siguiente: la señora Coleman trabajaba como secretaria en un bufete de abogados en Londres desde primeros de este siglo. Un año después de entrar a trabajar, tuvo un hijo con discapacidad al que dispensaba la mayor parte de los cuidados específicos que requería. Dejó su trabajo y presentó una demanda judicial.

En el pleito alegó que se vio obli-

gada a dejar su trabajo porque sufrió discriminación y acoso. Aseveraba que, en circunstancias similares, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos no discapacitados. En concreto, argumentaba que su antiguo empresario se negó a reintegrarla en el puesto de trabajo que había ocupado con anterioridad, una vez finalizó su permiso de maternidad. También alegaba que su empresario no le concedió flexibilidad horaria que la empresa, lo que si concedía a otros padres y que le dirigió comentarios “insultantes y fuera de lugar” tanto contra ella como contra su hijo.

El pasado día 17 de julio de 2.008, en el asunto C- 303/06, la Gran Sala del Tribunal De Justicia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, London South del Reino Unido que formalmente planteaba cuatro preguntas:

1.- Si la prohibición de discriminación por razón de discapacidad prevista en la Directiva protege solo a las personas con discapacidad frente a la discriminación directa y el acoso.

2.- Si es negativa la respuesta a la primera pregunta, si la Directiva protege a trabajadores que, no siendo personas con discapacidad, sufren discriminación directa o reciben un trato menos favorable que los demás por su vinculación a una persona con discapacidad.

3.- Si un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable que la que trata a otros trabajadores y esto lo hace por el hecho de que tenga un hijo

con discapacidad a su cuidado, supone ello una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato protegido por la Directiva.

4.- Si un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo de tal conducta es que dicho trabajador tiene un hijo con discapacidad, supone ello el principio de igualdad de trato protegido por la Directiva.

Formalmente el Tribunal distingue entre conducta discriminatoria directa y acoso laboral a la hora de razonar, bien que llega a similares conclusiones en orden al sujeto pasivo sufridor de aquel atentado contra la dignidad humana que se puede producir por las dos vías que planteaba el Tribunal inglés.

Para ello parte de la propia literalidad de los tres primeros artículos de la Directiva, de la literalidad del artículo 13 CE, de la propia finalidad de la Directiva y el fin comunitario constituyente al que sirve el principio de igualdad de trato y la merma que al efecto útil de la Directiva supondría la interpretación contraria.

Primeramente, relee los tres primeros preceptos de la Directiva y con apoyo en la propia literalidad del artículo 13 CE, el Tribunal considera que la misma no restringe su protección a las personas con discapacidad, sino que el ámbito puede ser mayor, pues protege frente a cualquier discriminación por causa de discapacidad.

Es decir, que el principio de igualdad de trato que se pretende preservar

con la Directiva no tiene su ámbito de aplicación basado en una categoría de personas, sino que aquel ámbito viene determinado por una serie de motivos discriminatorios, los previstos en el artículo 1 de la Directiva. Por tanto, con independencia de que quien sufra la discriminación sea o no persona con discapacidad.

Más adelante añade un argumento finalístico: con la Directiva se pretende el imperio de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, con lo que parece darnos idea de que se consigue mejor tal igualdad de trato haciendo tal interpretación que una más restrictiva, pues así se alcanza mejor el objetivo, prohibiendo cualquier discriminación basada en las causas enumeradas en su primer artículo.

Seguidamente también relaciona tal objetivo “inmediato” con los objetivos “mediatos” o constituyentes de la Comunidad, a los que se vincula tal principio de igualdad de trato en el considerando undécimo de la Directiva.

Por último, añade que una restricción basada en considerar el ámbito exclusivamente limitado de forma subjetiva, es decir, exclusivamente protegiendo a las personas con discapacidad, privaría de una parte considerable de su efecto útil y reduciría la protección útil que pretende garantizar.

Por diversos Estados se le plantearon dos objeciones a esa interpretación:

a.- Que hay normas en la Directiva

que únicamente son aplicables a personas con discapacidad.

El Tribunal asume que hay preceptos expresamente dirigidos al colectivo de personas con discapacidad (caso del ajuste razonable del artículo 5 o de las políticas de discriminación positiva del artículo 7 punto 2), pero ello porque son medidas tendentes a la reinserción laboral de dichas personas, por lo que solo puede a ellas afectar. Pero el ámbito subjetivo de la protección frente a la discriminación es más amplio, según lo dicho.

Pero el hecho de que haya preceptos específicos para el colectivo no permite concluir en que sólo cabe aplicar la misma a personas con discapacidad, según lo dicho.

En mi particular opinión no es que aquellas normas vayan dirigidas al colectivo de personas con diversidad funcional, sino que van dirigidas a los Estados miembros y a los empresarios, pero es evidente que solo protegen a personas con discapacidad. Tal vez sea una fútil matización, pero entiendo que se ha de hacer en orden a apreciar quien es el destinatario de la norma prevista en el artículo 7 punto 2 y 5 de la Directiva.

b.- Que en el asunto Chacón Navas – ya analizado- se hizo una interpretación restrictiva del alcance “ratione personae” de la Directiva, pues no admitía protección del concepto enfermedad y sí del de discapacidad.

El Tribunal niega que entonces dijese que la Directiva deba interpretarse

de forma restrictiva en lo que hace a las personas afectadas por la vulneración del principio de igualdad de trato cuando se de el motivo discriminatorio enunciado en el artículo 1.

También añade alguna precisión sobre la carga de la prueba a la que se refiere el artículo 10 apartado 1 de la Directiva, señalando que incumbirá a la señora Coleman acreditar hechos que permitan presumir que existe discriminación directa o acoso y a los demandados demostrar que no hubo violación del principio de igualdad de trato por cualquier medio de prueba admisible en derecho, por obedecer su conducta a factores objetivos y ajenos al móvil discriminatorio de tener un hijo con discapacidad.

Añade también, que el concepto de acoso no se define en la Directiva y que podrá definirse conforme las normas y prácticas nacionales de cada Estado, a diferencia de la discriminación directa, definida ya en el artículo 2 punto 2 a (*“existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”*).

3. Discriminación por razones genéticas del trabajador.

3.- Nociones básicas. Generalidades.

Como nos enseña don Jordi Gonzá-

lez Domínguez, el genoma humano es el código genético humano.

Con tal expresión nos referimos a dos cosas: un conjunto de genes y una parte de material inservible, llamada ADN basura. Ambas se encuentran en la célula humana.

La larga secuencia de letras -A,G,C,T- del genoma o forman genes -los cuales fabrican proteínas - o forman el llamado “ADN basura” - denominado así porque no se conoce su real función -.

De forma metafórica, dicho autor nos explica que el genoma humano es como una gran biblioteca que contiene todos los libros que, en forma de manual de instrucciones, brindan las instrucciones precisas para fabricar las proteínas necesarias para el hombre.

En realidad, la genética tiene un ámbito mas amplio, pues incluye su estudio a todos los seres vivos y piénsese, por ejemplo, en la importancia actual que tiene la investigación genética en el campo agrícola y ganadero y por derivación, en el alimentario, dando lugar a nuevos productos en los que se manifiestan sus avances. Es obvio que este trabajo solo abarca lo relativo a los genes humanos.

Una segunda matización: de los diversos campos de la genética humana, las siguientes líneas se refieren exclusivamente a tratar lo que es la discriminación por causa genética del trabajador.

El profesor Romeo Casabona explica la importancia del genoma humano, pues es el que nos da la información

sobre cada individuo, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece.

El número de genes se creía que oscilaba entre los 50.000 y los 100.000, aunque últimamente se reduce la predicción a entre 20.000 y 30.000.

Esa información genética está contenida en el ADN, que tiene tres funciones: se copia a sí mismo para poder conservarse – función de replicación-, esa información se transmite al ADN mensajero –función de transcripción- y a continuación de a lugar a la síntesis de proteínas – función de traducción-.

Sus alteraciones, o sus combinaciones pueden producir enfermedades que se pueden clasificar en los siguientes grupos:

1.- Trastornos cromosómicos: son debidos a la pérdida, duplicidad o alteración de cromosomas o fracciones de éstos. En este grupo se encontraría el síndrome de Down.

2.- Trastornos monogénicos: son debidos a trastornos en un único gen. En este grupo se encontraría la fibrosis quística.

3.- Trastornos multifactoriales: debidos a la unión de uno o varios genes combinados con el ambiente. En este grupo estarían enfermedades como las cardiopatías.

4.- Enfermedades mitocondriales: debidos a la alteración del cromosoma mitocondrial. Son enfermedades raras de una prevalencia escasa.

Ahora bien, la mayoría de enferme-

dades humanas con origen genético son multifactoriales y esto conviene resaltarlo. En efecto, múltiples estudios estadísticos nos muestran que ciertas enfermedades son asociadas a factores de riesgo del “*modus operandi*” del hombre en la tierra: el consumo de tabaco, azúcares, grasas, alcohol. Pero no todos los individuos son igual de sensibles a tales factores de riesgo. En efecto, por eso decimos que la gran mayoría de estas enfermedades humanas son multifactoria-

Es evidente que estamos
hablando de lo nuclear de
la persona, de lo que le hace
diferente de todos.

les: dependen de la alteración de uno o más genes y de la interacción del medio ambiente con el individuo. Por ello, es siempre importante resaltar que la dieta, el trabajo, la forma de vida tienen incidencia en la posibilidad de contraer una enfermedad genética.

La ciencia que estudia el genoma humano se llama genómica humana y se suelen advertir tanto ventajas como riesgos propios de tal estudio:

- En el mundo científico se dice que el genoma humano nos permitirá conocer la relación del hombre con otras especies animales, mejorar la producción de alimentos y de medicamentos y su aplicación en casos individualizados sin contraindicaciones ni efectos secunda-

rios, prevenir y curar enfermedades, detener el envejecimiento y quizás también la muerte.

- Como peligros de la investigación en este campo se habla de la manipulación del genoma con fines egoístas, el uso de los beneficios de la genómica sólo en el “primer mundo”, la posibilidad de prácticas eugenésicas propiciadas por el previo conocimiento del futuro desarrollo de una enfermedad, la eventual discriminación social y laboral (tanto para contratar un seguro como para acceder un empleo, que es el objeto de estas jornadas), etc.

En todo caso, es evidente que estamos hablando de lo nuclear de la persona, de lo que le hace diferente de todos, quedando implicados elementos tan esenciales al propio concepto de persona, como el de dignidad inherente a toda persona, el de su intimidad, el de integridad del propio cuerpo, el de autodeterminación personal, el de integración del consentimiento con respecto de aquellas personas que se considera no tienen aptitud suficiente para prestarlo, etc.

Por ello, en todos los textos doctrinales se citan los preceptos constitucionales del Estado en cuestión en los que se integran aquellos valores inherentes a todo ciudadano.

Así, en España, los autores citan prolijamente preceptos tales como artículos 1 punto 1, 10, puntos 1 y 2, 14, 15 y 18 punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978.

De hecho, los datos genéticos están

tan ligados a la persona que por ello gozan de las notas de intimidad y de confidencialidad.

A.- La intimidad se identifica como la facultad de todo individuo de excluir del conocimiento de otras personas concretos aspectos de su vida personal (aparte de tales datos, los sentimientos, las emociones, los datos biográficos, o los personales o de imagen).

Aparte de la aplicabilidad en España del Convenio de Oviedo, al que luego se hará referencia, es un derecho fundamental protegido por el artículo 18 punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978, en materia sanitaria, por el artículo 10 punto 1 de la Ley General de la Sanidad (Ley 14/1.986, de 25 de abril) y el artículo 2 punto 1 y el 7 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2.002, de 14 de noviembre).

B.- La confidencialidad alude más al deber de que quien es responsable de tales datos o tiene conocimiento o acceso a los mismos, no debe revelarlos sino es con el consentimiento del afectado. A esta última se refiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 7 incluye como datos especialmente protegidos, entre otros, los que ahora estudiamos y en el ámbito sanitario, el artículo 10 punto 3 Ley General de Sanidad.

A ambos principios, el de intimidad

y el de confidencialidad, expresamente alude también nuestro artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1.995, de 8 de noviembre) cuando trata de la vigilancia empresarial de la salud del trabajador y de los reconocimientos médicos.

Ya en el ámbito del empleo, autores como Suzuki y Knudtson consideraron que “a lo largo de la historia, los empresarios han seleccionado o cribado a los solicitantes de empleo según ciertas características físicas hereditarias, que son valoradas en los lugares de trabajo – desde la talla y la agudeza visual, al sexo o una sonrisa amable -. Por supuesto, las sociedades democráticas han establecido ciertas garantías legales, a fin de evitar que este proceso de selección degenera en discriminaciones contra trabajadores por el color de su piel, rasgos faciales y otros caracteres heredados irrelevantes para la realización del trabajo de que se trate”.

En la actualidad, González Domínguez ya señala cómo está cambiando el paradigma en esta sede y se está produciendo una transición en el sistema de selección laboral basado en el fenotipo (por las características físicas del sujeto) a la determinada por el genotipo (características genéticas) del candidato.

Pero los peligros de la discriminación por causa genética no solo acechan antes de empezar la relación laboral, sino que también se encuentran durante y al final de la misma.

Doña María Casado González ad-

vierte de los peligros de asumir el llamado “determinismo genético”, pues el ser humano no es sólo genes, que mutan con el tiempo, sino también cultura y ambiente y, en el ámbito laboral, destaca: “para las ya problemáticas circunstancias del mundo laboral los datos referentes a la información genética suponen un plus de conflictividad y una posibilidad añadida de intrusión en la intimidad en circunstancias de especial debilidad para el que busca empleo y, -dado lo precario del momento-, también de quién lo posee, si pudieran pedírsele por su empresa determinados datos y análisis”.

En la averiguación de información del genoma del trabajador, señala Salas Franco que confluyen diversos intereses: el de la propia persona investigada, el de sus compañeros, el de terceros fuera de la empresa, la empresa y el Estado.

Así y por poner ejemplos, el trabajador puede tener interés en demostrar su falta de predisposición a concreta enfermedad como mérito para ser seleccionado, sus compañeros pueden tener interés en que no se demuestre tal falta de predisposición a esa enfermedad, terceros tales como las aseguradoras que cubren las contingencias profesionales pueden tener interés en averiguar si se da o no esa predisposición en orden a evitar gastos mayores en caso de que aparezca la enfermedad o similares, es evidente el interés de la empresa en la prevención de riesgos laborales y el Estado puede tener también interés en aras de fijar

una adecuada política preventiva de la salud laboral.

Por su parte, Fernández Domínguez, centrándose ya en el empresario, expone las hipotéticas causas por las que el empresario puede estar interesado en la realización de pruebas genéticas:

a).- La reducción de costes laborales directos de producción (reduciendo el absentismo laboral).

b).- La disminución de los riesgos laborales.

c).- Cumplir con la obligación de prevención de riesgos laborales.

d).- Una mayor efectividad de su capacidad de dirección y de organización.

e).- Reducir la conflictividad por el conocimiento genético del comportamiento.

f).- Posible arma de presión del empresario respecto al trabajador al conocer datos de la intimidad del trabajador.

g).- Uso de la terapia génica humana dentro de la medicina del trabajo.

Y es que es fundamental la condición de privacidad y confidencialidad que es esencial en la información genética. En el ámbito laboral, Domínguez González subraya tal relevancia, pues tal información la considera siempre es vital par el trabajador o su familia. Dice: “La posibilidad de que un empresario —parte fuerte en una relación laboral— conozca la información del genoma de un trabajador es peligrosa, pues dicho conocimiento puede ser utilizado como medida de presión o simplemente para discriminar”.

Por otra parte, la problemática que la investigación genómica determina en el mundo del trabajo no se agota solo en lo que es la fase inicial de la contratación laboral, sino que puede incidir también en el desarrollo del mismo — obligaciones de prevención de la salud y de los riesgos laborales, posibilidades de desarrollo en la carrera profesional, etc.— incluso a su finalización (citar como causa extintiva del contrato la potencialidad de desarrollo de una enfermedad caso de seguir el trabajador desarrollando las tareas que integran el contenido de su prestación, etc.).

En el ámbito de la legislación comparada, podemos realizar una clasificación entre estados.

A.- Ha habido estados que ya han dictado normativa específicamente antidiscriminatoria con relación a la condición genética del sujeto.

Así, en los Estados Unidos se aprueba el 17 de febrero de 2.005 la Ley sobre no Discriminación con Base en la Información Genética, prohibiéndose el uso abusivo de información genética para el seguro de enfermedad y para el empleo.

En la actualidad, en el mes de abril de este año ya ha sido aprobada por el Senado una nueva norma que prohíbe expresamente la discriminación laboral por causa genética, aumentando las garantías de privacidad y asegurando que la predisposición genética a contraer determinadas enfermedades por razón de antecedentes familiares y similares no sea causa para evitar la contratación.

Pende todavía su refrendo presidencial para su entrada en vigor, aunque es seguro que éste se producirá.

Todo ello, aparte de la normativa específica que se ha dictado ya en casi todos los estados en materia de discriminación por esta causa.

También otros estados europeos han dictado legislación específicamente antidiscriminatoria por causa de averiguación genética en relación con el trabajo, es el caso de Dinamarca, Francia, Finlandia y Suecia.

B.- Otros estados de la Comunidad, lo que hacen es prohibir o restringir el acceso a datos genéticos del empleado sin su consentimiento. Es el caso de Austria, Italia, Grecia, Luxemburgo o Países Bajos o España.

3.- 2.- Enunciación de diversa normativa internacional y comunitaria.

3.- 2.- 1.- Ámbito internacional.

A.- El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, dice: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

A pesar de que en aquellas fechas la investigación genómica estaba ya empezando, aunque no se aluda expresamente

a ello, en la actualidad es doctrina común considerar que dentro del sustantivo con el que se cierra el precepto se incluye la condición génica de la persona.

B.- La Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos constituye el primer instrumento internacional para la protección

**Mientras el debate sigue abierto sobre si hay o no razones objetivas para excluir o tratar de manera menos favorable a un individuo a causa de sus genes, cualquier diferencia de trato debe ser objetiva, razonable, apropiada y proporcionada.
[Manuela Tomei]**

del genoma humano fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998.

Tal Declaración establece en su artículo 1 que *“en sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”*; su artículo 2 letra a fija el derecho de todo individuo a que se respete su dignidad y sus derechos con referencia a su genoma y por último.

En la concreta materia antidiscriminatoria, su artículo 6 que establece que *“nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus*

derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”.

Dario Bergel explica como tal declaración protege los llamados derechos humanos de tercera generación. Si los de la primera tienen por objeto garantizar los derechos individuales del sujeto frente al poder y los de la segunda incluyen ya lo que denominamos derechos económicos, sociales y culturales, los de tercera pretenden dar “una respuesta adecuada a los problemas creados por la sociedad tecnológica”.

Lógicamente, tales preceptos dependerán del poder vinculante de tal Declaración en cada Estado (Noëlle Rendir). En España, forma parte del ordenamiento jurídico (ex artículo 96 punto 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978), siendo dudoso, por ejemplo, que, como declaración de derechos humanos pueda ser invocado directamente en Francia ante los Tribunales, pues no tiene el carácter de tratado internacional ratificado y publicado (misma autora).

C.- También merece ser citada, aunque se trate de una Declaración y no de un Tratado, el artículo 7 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la Unesco, aprobada en fecha 16 de octubre de 2.003, que dice: “*debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos no se utilicen con fines que sean discriminatorios o de manera tal que puedan provocar la estigmatización de una persona, una familia o un grupo*”.

La doctrina que ha tratado esta De-

claración señala que la fuerza vinculante que pueda tener la misma viene determinada por la que efectivamente quiera darle cada Estado signatario, habiéndose optado por la fórmula de Declaración y no por la de Tratado, precisamente en aras a obtener mayor consenso.

D.- Así mismo, se ha de recordar que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (O.N.U) aprobó la resolución E/2001/39, de 26 de julio de tal año, por la que se instaba a los estados a que garantizaran que nadie fuera objeto de discriminación debido a sus características genéticas, y que se protegiera la vida privada de aquellas personas que se sometieran a exámenes genéticos, siempre con el consentimiento previo, expreso y libre de la persona. Asimismo, se invitó y exhortó a los Estados a que legislaran con el fin de preservar el derecho a la no discriminación y la privacidad de las características genéticas, instándoles a que apoyaran la investigación científica en genética y biotecnología con el debido respeto a: la dignidad humana, la libertad y los derechos humanos, y el derecho a la no discriminación.

E.. En el ámbito de la normativa de la Organización Internacional de Trabajo, forzosamente nos hemos de referir al convenio 111, de 25 de junio de 1.958, que prohíbe de la discriminación por diversas condiciones personales y sociales, debiendo sobreentenderse que, aunque no la nombra, la producida por el uso de información genética en la cláusula “nu-

merus apertus” contenida en su artículo 1 punto 2.

3.- 2.- 2.- Normativa europea.

A.- Convenio de 19 de noviembre de 1996, para la Protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina.

Llamado también el Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina o más abreviadamente “Convenio de Asturias” o “Convenio de Oviedo”, firmado por veintiún países europeos (Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, Rumania, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Macedonia, Turquía y España, donde entró en vigor el 1 de enero de 2.000, B.O.E. de 20 de octubre de 1.999) y mediando la abstención de tres: el Reino Unido, la República Federal de Alemania y Rusia. Posteriormente firmaron el mismo Croacia, Chipre, Georgia, Hungría, la República Checa, Moldavia, Polonia y Suiza.

Es uno de los llamados convenios marco, que fija una serie de derechos fundamentales, imponiendo obligaciones legislativas a los signantes del mismo.

Destaca su artículo 11, que contiene una prohibición de toda forma de discriminación de una persona a causa de su genoma individual, regulándose la autodeterminación informativa - tanto el llamado derecho a saber como el dere-

cho a no saber, como parte del contenido del derecho a saber, sobre los elementos genéticos de cada cuál- la necesidad de consentimiento del sujeto en relación con la investigación del genoma, suponiendo siempre una intromisión en su intimidad, que requiere su consentimiento (artículo 10) y la garantía de respeto a las personas con discapacidad (asegurándose razonablemente que sean oídas y su voluntad respetada cuando se trata de investigar sobre su genoma), así como la estricta limitación de la investigación genética a fines médicos o científicos y no otros.

Debe resaltarse que tal derecho a la autodeterminación informativa fue definido por el Tribunal Constitucional alemán como la “facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de que límites puede revelar situaciones referentes a la propia vida” (sentencia de 15 de diciembre de 1.983).

A similar limitación finalista responde el esquema de la Ley francesa número 94-653, de 29 de junio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano y la española Ley General de Sanidad (Ley 14/1.986, de 25 de abril).

Importante es también el artículo 13 del Convenio de Oviedo, que, si prohíbe la llamada intervención del genoma en la línea germinal, la permite en la línea somática. Como nos explica Emaldi Cirión, la intervención en línea germinal “corrige las células cuya función es

transmitir información genética a las generaciones futuras, por lo que se plantean graves problemas en relación con la previsión, valoración, regulación y responsabilidad que puedan derivarse de su utilización”, mientras que la intervención en la línea somática *“trata de corregir los defectos genéticos de las células somáticas y producir un efecto que se limita a la persona tratada, sin que ello tenga consecuencia alguna para las generaciones futuras”*.

B.- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Bruselas 28 de septiembre de 2000, Niza 7 de diciembre de 2000.

Hay que recordar que tal Carta, a pesar de su carácter no vinculante directo, tiene la fuerza que se describe en el artículo 6 del Tratado de Lisboa cuando entre en vigor (véase 2.2.1.b) y si que ha de ser considerada por los Estados al aplicar la Normativa Comunitaria y en este punto y en relación con la investigación médica y más ampliamente la científica:

1.- Impone el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

2.- Prohíbe expresamente las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas.

3.- Prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.

4.- Prohíbe la clonación reproductora de seres humanos.

Así mismo, al igual que otras condiciones personales y sociales, como sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, nacionalidad y pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, el artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación por características genéticas expresamente.

Por tanto, la Carta de Derechos Fundamentales si que prohíbe expresamente la discriminación por esta causa.

Por otra parte, así mismo, nos interesa destacar también el contenido de su artículo 8: *“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

Recordar que la Directiva 78/2.000 no incluye la discriminación por causa genética entre las causas señaladas en su artículo 1 como las incluidas en el ámbito de aplicación de la misma.

3.- 3.- Situación actual y problemática de futuro.

A- Dadas las diversas posibilidades que nos ofrece la ciencia actualmente para conocer el genoma de una persona – que se puede obtener por un coste aproximado de doscientos euros- no es de extrañar que sea un tema candente, pues la tentación de tener tal información es grande, por el conocimiento que reporta.

Pero no sólo pensemos en el interés empresarial. Ya se ha dicho que hay otros intereses: del Estado, de los compañeros del trabajador, de terceros interesados (aseguradoras, por ejemplo).

Al hilo de lo anterior, para explicar el interés del trabajador los escritores americanos suelen acudir a la parábola de los vendedores de manzanas. Ponen el ejemplo de que haya varios vendedores que las vendan en cajas tapadas, cuya máxima cabida es de cien manzanas. El que tenga la caja llena con cien manzanas, ante la llegada de compradores, enseñará su caja, pues no tendrá nada que perder. Seguidamente, sus compañeros irán enseñándola en la medida en que tengan la caja mas llena que los demás. Lo mismo puede pasar en el mercado laboral.

De ahí que no falte autor que aluda a la aplicación en esta sede de la técnica del llamado “derecho a mentir” que en la doctrina francesa se suele enlazar con la problemática que surge en relación con las entrevistas previas para la

contratación de la mujer embarazada, o que se pretenda preservar el derecho a la confidencialidad sobre estos datos de tal forma que ni siquiera se permita el conocimiento genético por los Tribunales de Justicia, cuando se trate solamente de cuestiones laborales.

B.- En el informe global de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad en el trabajo de 10 de mayo 2.007 se resalta una tendencia ya detectada: ya en la actualidad han surgido prácticas empresariales que castigan a una persona por su concreta predisposición genética a contraer en el futuro concretas enfermedades o a llevar un concreto estilo de vida.

Manuela Tomei, su autora, señala: *“mientras el debate sigue abierto sobre si hay o no razones objetivas para excluir o tratar de manera menos favorable a un individuo a causa de sus genes, cualquier diferencia de trato debe ser objetiva, razonable, apropiada y proporcionada. Un aspecto clave del principio de no discriminación e igualdad en el trabajo es que todas las decisiones de empleo deben basarse en la capacidad de la persona para realizar un trabajo.”*

C.- Y es que no debemos olvidar que en el ámbito cultural en el que nos movemos hay una clara obligación empresarial, e incluso estatal, de prevenir la salud de los trabajadores.

Por ello, se han establecido en los países diversos sistemas de reconocimientos médicos obligatorios, iniciales y posteriores y otra serie de medidas, propias de la idiosincrasia del país en

cuestión. En todo caso, como todo reconocimiento médico, se advierte siempre que ha de preservarse siempre la confidencialidad debida.

En nuestro caso, el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/ 1.995, de 8 de noviembre) ya contiene previsiones al efecto, entre ellas, la de que los datos derivados de estas pruebas no pueden usados con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador, fijándose el principio general – aunque con dos excepciones– de que son voluntarios.

También interesa destacar que su artículo 25 incluye, dentro del deber de protección empresarial, la de los trabajadores que tengan concretos riesgos por su estado biológico conocido.

D.- De hecho, en la literatura jurídica americana se cita como primer caso conflictivo el conocido como caso E.E.O.C. (Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo) “versus” Burlington Northern Santa Fe Railroad.1.

La primera se trata de una agencia independiente que en este caso presentó una demanda ante un Tribunal Federal, por violación de derechos de concretos trabajadores a las que la empresa citada requería realizar pruebas genéticas para fijar un diagnóstico médico de síndrome de túnel carpiano, como consecuencia del trabajo desarrollado.

Las pruebas genéticas eran parte de un diagnóstico médico que BNSF requería a ciertos empleados que habían

presentado demandas contra la empresa, o que tenían expedientes internos de daños y perjuicios, por la enfermedad del síndrome del túnel carpiano como consecuencia del trabajo desarrollado. BNSF es una de las compañías de ferrocarril más importante en el país.

El caso es que la petición de orden judicial de ilegalidad de las pruebas tuvo resultado efectivo e inmediato – se alegaba la posibilidad de inminente despido de algunos trabajadores afectados–, pues en dos meses la agencia y la empresa llegaron a un acuerdo que satisfizo las pretensiones de la primera.

E.- También llama la atención el caso de tres trabajadores de Hong Kong, que en el año 2.000 no accedieron a un concreto empleo y alegaron que ello fue por el simple hecho de que sus padres eran esquizofrénicos.

La empresa no esbozaba razón clara de su negativa a contratar y la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Hong Kong consideró que era ese historial familiar el determinante de la decisión empresarial, por lo que se había producido una discriminación por motivos de predisposición genética, lo que determinó que fueran indemnizados por daños y perjuicios, estimándose su demanda por el Tribunal de Distrito.

F.- En Europa también se considera como caso discriminatorio el que aconteció en Damstadt, Alemania, en el año 2.004.

Los profesores en tal país, como todos los empleados públicos, se han de so-

meter a un reconocimiento médico antes de obtener un puesto de trabajo fijo en la Administración. El médico que examinó a una profesora consideró que gozaba de una salud excelente, pero en las preguntas sobre su historial médico, contestó que su padre padecía la enfermedad de Huntington.

Negándose la profesora a realizarse pruebas genéticas, para apreciar si el gen

determinante del origen de la enfermedad estaba afectado, la Administración no la contrató y ella impugnó, con éxito, la decisión ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

Su caso ha determinado una reforma legislativa en Alemania que desconozco haya culminado a la fecha.

Sin duda, en la actualidad tiene que haber más casos en trámite. ❀

TU

TRABAJO

nuestra meta



El objetivo de FUCOMI es facilitar a los jóvenes de las Comarcas Mineras las posibilidades de empleo a través de la formación:

- ESCUELAS TALLER
- CURSOS DE FORMACIÓN OCUPACIONAL
- CURSOS A LA CARTA PARA EMPRESAS
- BOLSA DE EMPLEO
- ORIENTACIÓN E INSERCIÓN LABORAL
- AREA DE PROYECTOS

